COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO VII

Cuarta edición, corregida y aumentada.

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
Ronda de Atocha, 15, centro.
1914

TÍTULO III

DE LAS SUCESIONES

(Continuación.)

CAPITULO III

De la sucesión intestada.

I.—Reseña histórica.

Ya en diferentes lugares de esta obra hemos expuesto que en la época primitiva de la historia de cada pueblo era el testamento una institución desconocida. El modo de ser de la propiedad se oponía á la disposición de los bienes por cada individuo, por lo mismo que el individuo no era más que una de las fracciones que integraban la unidad, tribu *gens*, ó familia, verdadera entidad propietaria, regida por un jefe. La muerte de un individuo no alteraba esa unidad, no significaba nada en la agregación: la muerte del jefe exigía un jefe nuevo, pero nada más. De aquí que en tal época no existiera propiamente sucesión testada ni intestada; no existía transmisión alguna por causa de muerte, porque para que el verdadero propietario muriese era preciso que desapareciese la tribu ó familia. Más aun que esto, porque ha de tenerse en cuenta que en esas épocas primitivas, la verdadera propiedad, como dijimos al tratar de la posesión, residía en ciertos seres ó entidades superiores: Divinidad, Rey ó Emperador, Castas privilegiadas, ó Ciudad, y el hombre ó sus agrupaciones eran simples usufructuarios ó poseedores sin poder real de disposición.

Cuando, aumentando el número de familias, esa propiedad ó posesión llega á ser familiar, á la muerte del jefe sucedía en la dirección, gerencia ó administración de aquella pequeña sociedad el hijo mayor. De aquí las siguientes palabras del Código de Manú: «El mayor toma posesión del patrimonio entero, y los demás hermanos viven bajo su autoridad como vivieron bajo la del padre; el mayor paga la deuda debida á sus antepasados, y debe, por tanto, tenerlo todo.» El principio de masculinidad y primogenitura surge en tales casos naturalmente, y trasciende después, aunque fundado en diversas razones, á toda la historia de la propiedad, hasta el punto de que aun no hemos conseguido emanciparnos de su influencia.

Cuando empieza á desintegrarse la familia; cuando sus individuos, al casarse, dejan de vivir unidos, y los hijos se separan para constituir núcleos iudependientes, la propiedad tiende á hacerse individual; pero como en los bienes existía una verdadera copropiedad, como todo era de todos los individuos de la familia, fué preciso que los que se separaban recogiesen su participación, y entonces se manifiesta ó delinea confusamente la sucesión intestada. Al concederse derechos al individuo y asignársele una participación en los bienes de la familia, se le reconoce también la facultad de adquirir con independencia, estableciéndose la distinción de los bienes en propios ó patrimoniales, y adquiridos: aquellos procedentes de la familia antigua, á la que debían seguir perteneciendo; éstos, al principio de la nueva familia creada, después del individuo que los ganaba y los podía transmitir por actos entrevivos, pues si los conservaba, eran á su muerte bienes de su familia, y á ella debían pertenecer ó á los individuos que la formaban.

De la distinción de los bienes en propios y adquiridos, brotó más tarde, para su destino en la sucesión intestada, una consecuencia importante.

Los bienes propios, patrimoniales ó familiares, han de quedar en la familia de que proceden, por lo que, á falta de descendientes, vuelven al tronco ó raíz, y he aquí el principio de tron-

calidad y la regla *paterna paternis*, *materna maternis*, la distinción de líneas y sublíneas para la sucesión, á la que ya nos referimos al comentar el art. 811.

Para la sucesión de los bienes adquiridos no había que atender á ese principio ni seguirse las mismas reglas, y se marcaron dos sistemas completamente distintos: el romano, ó de la *proximidad de grado*, y el germano, de *la parentela*.

El Sr. Azcárate, en su obra sobre la Historia del derecho de propiedad, expone estos distintos sistemas en la siguiente forma: «Según el romano de la *proximidad de grado*, se cuentan las generaciones que separan al heredero de aquel de cuya herencia se trata, esto es, las que median desde cada uno de ellos al ascendiente común: según el principio germano de la *parentela*, se atiende á que tengan ambos un ascendiente común más inmediato; así, por ejemplo, constituyen el primer llamamiento los descendientes del muerto, luego los descendientes del padre del muerto, esto es, hermanos, sobrinos carnales, etc., después los descendientes del abuelo, etc., y el principio expresado en la regla *paterna paternis*, *materna maternis*, atiende, antes que á la proximidad de grado y antes que á la parentela ó á la descendencia común, á la rama ó linaje de que proceden los bienes, por lo cual no sólo son preferidos á los demás los que pertenecen á aquel de donde procede la herencia de que se trata, sino que los excluyen en absoluto á todos».

Estos tres sistemas, puros ó combinados, y á su lado admitida unas veces la igualdad de derechos entre parientes de igual grado, ó la preferencia por razón del sexo ó de la edad, llenan la historia de la sucesión intestada hasta nuestros días, en los cuales aun puede decirse que existen todas las indicadas formas de sucesión.

II. — Derecho romano.

Dúdase si Roma constituye ó no una excepción á la regla general. Claras inteligencias estiman que también allí precedió la sucesión intestada á la testamentaria; pero no hay que olvi-

dar la formación especial del pueblo romano, que, en todo caso, bastaría á explicar la excepción. Si anómalo fué el origen de este pueblo, anómala era también su manera de constituir la familia, fundada, no en los lazos de la sangre ni del cariño, sino en el vínculo del poder, lo cual comunica á la sucesión intestada de aquel pueblo un sello especial.

Según la ley de las Doce Tablas, la herencia se defería: 1.º *A los herederos suyos*, personas que al morir el causante se hallaban bajo su inmediata *potestad*, y debían hacerse personas *sui juris*. 2.º *A los agnados*, personas unidas al causante por un vínculo puramente civil, que hubieran estado bajo la potestad de un mismo ascendiente, si éste viviera. 3.º *A los gentiles*, definidos por Scævola aquellos que llevan todos un mismo nombre, son de origen ingenuo, no han tenido antecesor alguno en esclavitud y no han sufrido *capitis diminutio*.

Según la opinión más probable, los *gentiles* no eran más que agnados remotos, y el parentesco de la *agnación* era «el que procedía por línea de varón, sin que hubiese en la serie mujer alguna, en cuanto la mujer entraba á formar parte de otra familia, y sus descendientes caían bajo la potestad de su marido ó del ascendiente del mismo; de donde resultaba que la proximidad del parentesco y su energía se derivaban, no de lo más ó menos estrecho que fuera el vínculo que unía á las personas, esto es, de la mayor ó menor proximidad de ambos al ascendiente común, al modo que se hace en los tiempos actuales, sino que dependía sola y exclusivamente del *poder familiar*. De ahí que el hijo emancipado salía por completo de la familia, mientras que el adoptado entraba á formar parte de ella, como si en ella hubiera nacido; de ahí que, al paso que se daban consecuencias jurídicas al parentesco de la *agnación*, por lejano que fuera, y al de la *gentilidad*, que tenía la misma base, no se reconocía ninguna al parentesco de la *cognación*, precisamente porque procedía tan sólo de la sangre, y en modo alguno del poder». (Azcárate, tomo 1.º, pág. 106).

Los pretores, no pudiendo innovar el derecho civil, lo modi-

ficaron, introduciendo al lado de la adquisición de bienes por *herencia*, otro modo especial de adquirir, que se llamó la *bonorum possesio*, el cual, en realidad, producía los mismos resultados, y atendía al vínculo de la sangre con preferencia al vínculo civil.

Dentro de la legislación anterior á Justiniano, se conocían ocho posesiones distintas de bienes abintestato.

1.ª *Unde liberi*, concedida á los hijos emancipados, á sus descendientes, á algunos adoptivos, etc., como equiparados á los *herederos suyos*.

2.ª *Unde ligitimi*, concedida á las personas equiparadas á los agnados, á la madre con relación á sus hijos, á los hijos con relación á su madre, etc.

3.ª *Unde cognati*, que se concedía á los congnados ó parientes naturales, esto es, unidos al causante por los vínculos de la sangre, atendiendo á la proximidad de grado y á falta de agnados.

4.ª *Unde vir et uxor*, otorgada al cónyuge sobreviviente no divorciado, en el caso de no haber existido *conventio in manu*.

5.ª *Unde decem personae*.

6.ª *Tum quem ex familia*.

7.ª *Unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes*.

8.ª *Unde cognati manumissoris*.

Las constituciones imperiales otorgaron á su vez derechos sucesorios á los descendientes por hijas, colocándolos en igual grado que á los descendientes por hijos, aunque limitando su participación en la herencia, y con la misma limitación concedieron derechos á los hermanos y hermanas que hubieran salido de la familia por emancipación.

Justiniano, por último, introdujo otras diversas modificaciones, y al fin reformó de un modo absoluto y completo la legislación sobre esta materia, borrando toda diferencia entre la *agnación* y la *cognación*, y entre la *herencia* y la *bonorum possesio*.

El parentesco natural adquirió, por tanto, la preferencia que le era debida en justicia, y las Novelas 118 y 127 establecieron el siguiente orden de sucesión:

1.º Los descendientes *sui juris* ó *alieni juris*, procedentes de varón ó de hembra, estuviesen ó no emancipados ó adoptados, atendiendo á la proximidad del grado, y con derecho de representación hasta el infinito.

2.º Los ascendientes con los hermanos ó hermanas de doble vínculo y sus hijos ó descendientes de primer grado.

Si faltaban hermanos y hermanas, y descendientes de ellos, los ascendientes recibían toda la herencia, excluyendo los más próximos á los más remotos, y dividiendo el caudal en dos partes iguales, una para cada línea, cuando en igual grado concurrían ascendientes paternos y maternos.

Si concurrían hermanos con ascendientes, la división se efectuaba por cabezas, tomando igual participación el padre que un hermano. Y al concurrir hijos de hermanos, éstos representaban á su padre ó á su madre.

3.º Los hermanos y hermanas de doble vínculo y sus hijos.

A falta de ascendientes sucedían solos, representando cada grupo de sobrinos á su padre respectivo.

Concurriendo sólo sobrinos, heredaban por *stirpes*, según la opinión más admitida.

4.º Los hermanos y hermanas, consanguíneos ó uterinos, y sus hijos.

5.º Los demás colaterales atendiendo á la proximidad de grado y dividiendo *in capita* la herencia.

A la viuda pobre se concedía la cuarta marital, como vimos al comentar los arts. 834 al 839.

III.—Pueblos germanos.

En Roma no tuvo nunca importancia la distinción de los bienes en propios y adquiridos. En cambio, los pueblos germanos mantuvieron esa distinción, y respecto á los bienes propios ó alodiales, afirmaron el principio de masculinidad exigido por las necesidades de la guerra, no sólo en el orden de los descen-

dientes, sino hasta en el de los colaterales, según la más probable opinión.

La herencia pasa de *la lanza al huso*, decía la ley de los thuringios, que llamaba á suceder á la hija á falta de agnados ó parientes por línea de varón hasta el quinto grado.

Los ascendientes no son en estos pueblos herederos legítimos, salvo rarísimas excepciones, y en la línea colateral se seguía el sistema de la *parentela*, por virtud del cual no se subía hasta el ascendiente común del causante y del sucesor, sino que se buscaba la mayor ó menor proximidad al tronco más cercano, y así, muerto un hijo sin descendientes, no sucedía el padre, sino el hermano, y á falta de éste, su hijo, sobrino primero, ó su nieto, sobrino segundo, etc., hasta agotar esta rama, que era la del padre, tronco más próximo: á falta de tal rama, se defería la herencia á la rama proveniente del abuelo, al tío; hermano del padre, al primo hermano, hijo del tío; al hijo del primo, etc.; los más próximos de cada rama son preferidos, y se atiende ó no á la línea de donde proceden los bienes, según la clase de esos bienes, y según que se admita ó no el principio de troncalidad.

Se acentúa aun más el principio de masculinidad y se une con el de primogenitura en la época feudad y para la sucesión de los feudos; se establece la regla de que los *propios no suben*, negando derechos á los ascendientes; adquiere excepcional importancia el sistema troncal, ó la regla *paterna paternis, materna maternis*, para la sucesión de los colaterales; y se respeta el derecho del viudo sobre una porción mayor ó menor de la herencia del esposo ó esposa difuntos.

Mediante el derecho de *devolución ó reversión*, los ascendientes adquieren más tarde los bienes donados por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posterioridad, y este derecho, que hasta en algunas legislaciones se les negó, fué al fin reconocido y ampliado á todos los bienes que de los ascendientes procedían, y á ellos debían devolverse, faltando al descendiente sucesión; influyendo poco á poco el derecho romano para ir desterrando

el sistema de la parentela, y para llamar á la sucesión á los padres, abuelos, etc., á falta de hermanos y sobrinos, ó en unión con ellos.

Veremos más adelante los vestigios que aún quedan en nuestra patria del orden especial de suceder propio de los pueblos de origen germano.

IV.—Derecho común y foral de España.

Con relación á España y á la legislación común de Castilla, damos por trasladado á este lugar cuanto quedó expuesto en el tomo 5.º de esta obra, páginas 241 á 242, sobre la legislación anterior al Código civil acerca de la sucesión intestada.

Para completar aquellas ideas, añadiremos un breve resumen de la legislación foral sobre esta materia.

Aragón.—La sucesión intestada en esta región presenta notables diferencias con la legislación común ó de Castilla.

Procede dicha sucesión cuando no existe testamento, ó éste no se otorga con las formalidades prevenidas en los Fueros.

Se establecen tres órdenes de suceder; descendientes, colaterales y ascendientes.

1.º *Descendientes.*—Suceden los hijos legítimos y legitimados por el matrimonio, por derecho propio, y sus descendientes por derecho de representación, sin distinción alguna por razón de edad, sexo, matrimonio ó procedencia de bienes. Los hijos adoptivos se igualan á los legítimos.

Los naturales no tienen derecho á nada, si nada les dejan voluntariamente sus padres.

2.º *Colaterales.*—A falta de descendientes, suceden los parientes colaterales por regla general, pero con determinadas excepciones por razón de la procedencia de los bienes, y con alguna variedad según la clase de los mismos.

En los bienes adquiridos por el difunto en virtud de donación ó enajenación cualquiera entrevivos, que le hicieron su padre ó su madre, suceden la madre ó el padre, la persona de quien

procediesen, con exclusión de toda otra. Es un derecho á la devolución ó reversión de los bienes, que también tiene lugar cuando el difunto deja descendientes, si éstos después fallecen intestados ó de menor edad, caso en el cual la devolución recae en el abuelo donante ó transmitente.

En los bienes adquiridos en virtud de donación ó enajenación hecha por un hermano, sucede exclusivamente el hermano de quien provenían.

Respecto á los demás bienes, suceden sólo los colaterales, pero con esta distinción: los inmuebles patrimoniales se distribuyen por la regla *paterna paternis, materna maternis*, de modo que en los procedentes del padre difunto, ó de un pariente de la ínea paterna, suceden los parientes de esta línea, y en los procedentes de la materna, los de ésta, atendiendo en uno y otro caso á la proximidad de grado.

Los bienes muebles, y los adquiridos por el trabajo ó la industria del causante, se distribuyen por igual entre los parientes de ambas líneas, excluyendo en cada una los más próximos á los más remotos.

En la línea colateral no se admite el derecho de representación, de modo que el hermano excluye á los sobrinos, hijos de otro hermano difunto. Los colaterales eran llamados sin limitación de grado hasta el infinito.

En este orden, la ley de 16 de Mayo de 1835 introdujo determinadas modificaciones.

En virtud de dicha ley, que se aplicó á toda la Península, á falta de colaterales dentro del cuarto grado, suceden los hijos naturales legalmente reconocidos, y en defecto de éstos, el cónyuge viudo; entendiéndose que á la muerte de éste deben volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. A falta de hijos naturales y cónyuge, heredaban los parientes del quinto al décimo grado; pero modificada esta disposición, que, como hemos dicho, tenía carácter general, por el art. 955 del Código civil, deberá entenderse que el límite fijado hoy en toda España á la línea colateral es el sexto grado.

3.º *Ascendientes.*—Suceden en Aragón sólo á falta de parientes colaterales con derecho á heredar, salvo los casos en que procede el derecho de reversión ó devolución; injusticia contra la cual claman los mismos jurisconsultos del país, pretendiendo algunos que sólo una mala inteligencia de los Fueros ha hecho que prevalezca esa anómala solución.

Toda esta doctrina se completa con lo relativo al derecho de *viudedad*, del que nos ocupamos en los arts. 834 á 839, y que es común á la sucesión testada ó intestada, y con lo relativo al *consorcio foral*, del que trataremos al comentar los artículos relativos á la partición.

NAVARRA.—Guarda analogía la sucesión intestada en esta comarca con la del antiguo reino de Aragón. De notar es, sin embargo, que más exagerada aún en otros tiempos, y distinta según que se tratase de nobles y villanos, se acerca hoy algo más al sistema sucesorio moderno, mediante sucesivas reformas.

Sin perjuicio del derecho de *usufructo foral*, concedido al cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada, el orden de suceder en Navarra es el siguiente:

1.º *Descendientes.*—Suceden los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio, y los *naturales*, sin distinción de edad ó sexo, ni de la procedencia de los bienes, ni entre las distintas clases de hijos, admitiéndose la proximidad de grado y el derecho de representación en la línea recta hasta el infinito. Respecto á los hijos legitimados por rescripto, se atiende á los términos de la concesión de la gracia real.

2.º *Colaterales y ascendientes.*—A falta de descendientes, hay que distinguir entre los bienes raíces troncales y los que no lo son.

En los bienes raíces troncales, aunque sean dotales, suceden los parientes colaterales de la línea de donde los bienes proceden, atendiendo á la proximidad de grado, «con tal que los bienes troncales en que han de suceder los parientes más cercanos, sean de algún ascendiente de los tales parientes y no transversal, y que durante su vida, *los padres*, casando y no casando,

puedan *usufructuar* los tales bienes» (ley 6.ª, tít. 13, libro 3.º, de la Novísima Recopilación de Navarra).

En los demás bienes adquiridos por el difunto, suceden en primer término los hermanos; á falta de ellos, los ascendientes, y después los sobrinos y demás colaterales, no admitiéndose en este orden el derecho de representación.

Después del cuarto grado, debe entenderse llamado el cónyuge viudo, aunque con obligación de reservar los bienes troncales raíces, y en su defecto, los demás de la rama colateral hasta el sexto grado, según la ley citada de 16 de Mayo de 1835, modificada por el Código civil.

Cataluña.—Fuera de Barcelona y otras poblaciones donde rigen los mismos privilegios, se guarda el principio romano de no ser posible morir parte testado y parte intestado; por lo que es regla general que sólo á falta de testamento, ó cuando éste no subsiste, se abre la sucesión intestada.

El orden de suceder se acerca más al de la legislación común; pero aún presenta ciertas diferencias importantes, que vienen á ser las que separan la doctrina del Código civil de la contenida en las Novelas 118 y 127 de Justiniano, de que nos ocupamos en su lugar, y de la de las leyes de Partida.

Suceden en primer término los descendientes, pero admitiéndose entre ellos los hijos adoptivos.

Los hijos naturales reconocidos son también llamados con los legítimos á la sucesión de la madre, y en defecto de unos y otros en la misma sucesión, los hijos espurios.

Los descendientes no hijos, suceden por derecho de representación.

A falta de descendientes, suceden los ascendientes en unión con los hermanos de doble vínculo y sus hijos, en la forma siguiente:

Si no hay hermanos de doble vínculo, aunque queden hijos de ellos, heredan solamente los ascendientes por razón de su proximidad de grado, y habiéndolos de ambas líneas, en igualdad de grado, se dividen la herencia por mitad.

Habiendo hermanos de doble vínculo y ascendientes, suceden todos en porciones iguales, ó *in capita*, y si concurren con los hermanos, hijos de otro hermano difunto, éstos heredan por derecho de representación, tomando entre todos la porción correspondiente á su padre.

A falta de ascendientes, suceden los hermanos y sus hijos en toda la herencia, siendo preferidos los de doble vínculo á los de vínculo sencillo, y teniendo derecho el hijo natural en la suce-sión de su padre á una sexta parte de la herencia conjuntamente con su madre.

Después son llamados los demás parientes colaterales, antes hasta el infinito, ó hasta el décimo grado en el Código de Costumbres de Tortosa, hoy hasta el sexto con arreglo al Código civil; pero debiendo entenderse intercalados entre los del cuarto y los del quinto grado, los hijos naturales en toda la herencia del padre, y el cónyuje viudo, en virtud de la ley de 16 de Mayo de 1835.

Además, son dignas de notar dos especialidades del derecho catalán: una de ellas la cuarta marital concedida á la viuda pobre, como expusimos en el comentario de los arts. 834 á 839, y otra la sucesión por muerte de un impúber; pues en los bienes que por cualquier título hubiere adquirido de su padre, de su madre ó de los parientes de una ú otra línea, suceden exclusivamente, á falta de testamento, el padre, la madre ó los más inmediatos parientes de la línea respectiva.

VIZCAYA.—La ley 8.ª del Fuero es la única que se ocupa en este país de la sucesión intestada.

Se distinguen en esta sucesión los bienes raíces troncales, de los bienes muebles y de los inmuebles no troncales.

En primer término, suceden siempre los hijos y descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio; pero con la especialidad de no admitirse el derecho de representación: de modo que los hijos excluyen á los nietos, éstos á los biznietos, etc., aun cuando haya muerto el padre respectivo de estos nietos ó biznietos.

A falta de descendientes, suceden los ascendientes y después los colaterares, pero con la distinción natural por razón de los bienes. En los raíces troncales, sólo herederan los ascendientes ó colaterales de la línea de donde los bienes proceden. En los muebles, y en los raíces no troncales, se hereda sin distinción de líneas, haciéndose dos partes, una para cada línea. Dentro de cada orden, ascendientes ó colaterales, y en su caso de cada línea, los más próximos excluyen á los más remotos.

Con arreglo á la ley de 16 de Mayo de 1835, después de los colaterales del cuarto grado, debían entenderse llamados los hijos naturales, y en su defecto, el cónyuge viudo, sin perjuicio de que á la muerte de éste vuelvan los bienes troncales raíces á su línea.

Los llamamientos no pasan hoy del sexto grado, según expresamente declara con relación á Vizcaya, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1896.

V.—Modificaciones introducidas por el código civil.

Las principales modificaciones llevadas á cabo por el Código civil en esta materia, se expresan claramente en la base 18, según la cual, «á la sucesión intestada serán llamados: 1.º, los descendientes; 2.º, los ascendientes; 3.º, los hijos naturales; 4.º, los hermanos é hijos de éstos, y 5.º, el cónyuge viudo. No pasará esta sucesión del sexto grado en la línea colateral. Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto á los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro. Sustituirán al Estado en esta sucesión, cuando á ella fueren llamados, los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia, y á falta de unos y otros, los generales».

Según la ley de 16 de Mayo de 1835, art. 2.º, pertenecían al Estado los bienes de las personas que mueren intestadas, y *sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes,*

y aun faltando dichas personas y con preferencia al Estado, debían suceder, como queda dicho, los hijos naturales, el cónyuge viudo, y los parientes colaterales del quinto al décimo grado.

Por virtud de esta ley, se introdujeron en el derecho vigente las siguientes modificaciones: 1.ª, llamar al total de la herencia intestada al cónyuge y á los hijos naturales; 2.ª, otorgarles en ella preferencia sobre los parientes colaterales desde el quinto grado en adelante; 3.ª; fijar como límite en el parentesco con derecho á sucesión, el décimo grado; y 4.ª, conceder al Estado las sucesiones vacantes por falta de personas capaces de suceder. El límite del décimo grado regía en Castilla, mas no en las demás regiones.

Esta ley era aplicable, como hemos repetido, en toda España; pero las palabras «personas capaces de suceder con arreglo á las leyes vigentes», debían referirse á la legislación vigente en cada región; de modo que se respetó en principio el derecho foral en cuanto al orden de suceder, como se respeta la legislación común, si bien en aquél y en ésta se introdujeron las expresadas modificaciones. No puede pretenderse en justicia un alcance mayor ni menor á la ley de 16 de Mayo de 1835, y así se ha entendido por regla general.

Ahora bien: esa ley ha sido modificada por el Código civil, y como en cuanto á los indicados extremos tenía el carácter de ley general en toda la Nación, las modificaciones del Código respecto á los mismos han de ser también de aplicación general. Los hijos naturales deben entenderse llamados lo mismo en Aragón que en Cataluña y en Vizcaya con preferencia á los hermanos; el cónyuge viudo debe suceder en toda la herencia á falta de hermanos ó hijos de hermanos; el límite para suceder debe entenderse en toda España el sexto grado, y al Estado sustituyen los establecimientos de beneficencia ó instrucción.

VI.—Fundamento de la sucesión intestada

La sucesión en que nos ocupamos se llama *intestada*, porque es la que se establece á falta de testamento, y *legítima* por hallarse fundada en la ley.

Ocurre con frecuencia que la muerte sorprende á una persona sin haber declarado de un modo formal y solemne cuál sea su postrera voluntad, cuál el destino que debe darse á sus bienes. Repugna al sér que vive la idea de la muerte y cuanto con ella se relaciona, y de aquí la casi general costumbre de no hacer testamento hasta la última enfermedad ó la que se cree ser la última. Cuando llega el peligro, el hombre se decide ó es empujado por la familia, ó por las personas que le rodean, á realizar el acto importante de manifestar sus deseos para después de su muerte, distribuyendo sus bienes y derechos, otorgando recompensas ó imponiendo castigos.

No siempre es tiempo, sin embargo; la decisión llega con frecuencia demasiado tarde. Otras veces, el hombre, conscientemente, deja de formalizar su última voluntad, para que impere la voluntad de la ley.

Aun existiendo testamento, puede ser nulo ó ineficaz; puede no contener institución de herederos, ó dejar de disponerse en él de una parte de los bienes; los herederos pueden morir antes que el testador, ser incapaces de suceder ó renunciar la herencia; puede fijarse una condición que no se cumpla é impida nacer el derecho, ó que, al cumplirse, lo extinga, y en todos estos casos, la última voluntad, ó no existe legalmente, ó existe sólo en parte, ó no puede ser cumplida.

La ley no podía dejar de prever estos casos y acudir con el oportuno remedio. De aquí la sucesión legítima, en que, á falta de herederos voluntarios elegidos libremente por el testador, suceden en la herencia las personas designadas por la ley.

¿En qué se funda la ley para llamar á esas personas, para preferir las unas á las otras, y establecer un determinado orden

en los llamamientos? La ley se funda, según viene diciéndose de antiguo, en la voluntad presunta del difunto, y en ello hay bastante exactitud. El amor, se ha dicho, primero desciende, después asciende, y finalmente, se aparta hacia los lados. Por esto, la ley llama primero á los descendientes, después á los ascendientes, y por último, á los colaterales, prefiriendo siempre los de grado más próximo á los de grado más remoto, como es de suponer que hubiera hecho el causante si hubiera manifestado su última voluntad. En cuanto al cónyuge y á los hijos naturales, la ley ha creído que ni aun en concurrencia con descendientes legítimos hubieran sido por el difunto abandonados ni debían serlo. En último término, y á falta de toda persona allegada al causante ó ligada con él con vínculos de sangre ó de cariño, es conforme á su voluntad presunta que los bienes se destinen á establecimientos benéficos ó de instrucción, contribuyendo á realizar un fin útil á la humanidad.

Según estas ideas, la sucesión legítima venía á ser el testamento hecho por la ley con arreglo á lo que debe presumirse que podría ser la última voluntad del causante. Así, la sucesión legítima es excepcional, sólo procede á falta de la testamentaría, porque la voluntad presunta sólo puede prosperar á falta de voluntad expresa. Desde otro punto de vista, el testamento puede considerarse como la derogación ó la confirmación expresa de la sucesión legítima, llevada á efecto por el dueño de los bienes.

Pero si la sucesión intestada se funda en la presunta voluntad del causante, si el orden natural de las afecciones humanas se dirige antes á los padres que á los colaterales, ¿cómo se explica que durante tantos siglos haya preferido la ley á parientes transversales de grado remoto, olvidando á los ascendientes? ¿Cómo se comprende aún hoy esa postergación en mayor ó en menor escala, y esa distinción de los bienes en propios y adquiridos? ¿Qué razón hubo para preferir en Roma el vínculo civil sobre los lazos de la sangre, para otorgar un privilegio al sexo y á la edad, para prescindir á veces del cónyuge y castigar á los hijos ilegítimos?

Aunque partamos del supuesto de haber ejercido presión sobre el legislador las circunstancias especiales históricas propias de cada pueblo y de cada época; aunque se entienda que cada legislador ha podido apreciar con distinto criterio, y con arreglo á convicciones particulares propias, más ó menos erróneas ó apartadas de la realidad, cuál fuere la voluntad presunta del dueño de los bienes, hay que convenir en que las profundas desviaciones que se han observado, algunas de las cuales subsisten, en la fijación de la marcha presumible de los efectos humanos, no se explican con tales supuestos, por lo que desde luego ha de haber existido otra razón ó fundamento más esencial, por lo mismo que se presenta con caracteres más permanentes en la historia, y ese fundamento ó razón se encuentra en la idea de conservar los bienes en la familia, de que se destinen al cumplimiento de los fines de la misma, de proteger los vínculos emanados del parentesco y de la legitimidad. Por eso vemos que la historia de la propiedad, y con ella la de su transmisión por causa de muerte con arreglo á la ley, camina siempre paralelamente con la historia de la familia, guarda con ella íntimas y evidentes relaciones, y los afectos humanos se sacrifican ante los intereses familiares, más ó menos reales ó ficticios, según las épocas diversas del desenvolvimiento de la humanidad. Por eso la ley no iguala, ni aun hoy en que el sentimiento marcha más de acuerdo con la razón, al hijo legítimo con el hijo natural; por eso un pariente desconocido se prefiere al amigo íntimo, al generoso protector ó al criado fiel; por eso el cónyuge es un usufructuario, y los ascendientes reciben los bienes procedentes de otra línea, con la condición de abandonarlos después á parientes más ó menos lejanos de la línea respectiva; por eso la sucesión intestada procede, aun habiendo testamento y contra la voluntad del testador, cuando éste olvida sus deberes para con su familia y omite á un heredero forzoso.

La ley del amor, la voluntad presunta del causante, debe tal vez ser el fundamento único de la sucesión intestada; pero hay que convencerse de que aún no lo es, aunque se vaya aproximando.

El Sr. Alonso Martínez, en su notable obra *El Código civil en su relación con las legislaciones forales*, dice: «Los legisladores de todos los pueblos han acomodado el sistema de sucesión á la organización peculiar de la familia en cada pueblo, sin preocuparse mucho, ni poco, ni nada, de las simpatías y los afectos del difunto. Lo que sucede es que el principio cristiano, las costumbres germanas, y, en suma, todos los elementos que han producido y constituyen la civilización moderna, han hecho triunfar en los códigos de Europa y América el tipo de la familia natural, en la que los derechos y deberes jurídicos guardan perfecta armonía con los sentimientos humanos. Hoy se ha perdido hasta la memoria de lo que era, en la antigua Roma, el lazo político y religioso de la *gens*, y nos parece violento y hasta brutal, el artificio de la *agnación*, al cual se sacrificaban los más dulces sentimientos de la naturaleza; mucho menos se piensa en el culto de Sradha para la salvación de las almas, ni en que el fin supremo de la familia sea la celebración de los sacrificios mensuales para que los manes de los antepasados no sean arrojados á la mansión infernal; ni siquiera la sociedad moderna que ha aceptado los grandes principios de la revolución de 1879, tolera ya hoy el mayorazgo, sino que antes bien proclama, que todos los hijos, iguales ante Dios, deben serlo también ante la ley, sin otra diferencia que la que nazca de sus necesidades y merecimientos. En este estado parece, en efecto, que la sucesión intestada se funda en la voluntad ó el cariño presunto del muerto; pero es porque la Providencia, en su sabiduría infinita, ha puesto en el corazón del hombre sentimientos que están en completa consonancia con los fines racionales de la familia, base ineludible de la sociedad y del desenvolvimiento progresivo de la especie humana.

»Quedemos, pues, en que el verdadero fundamento de la sucesión intestada ha sido siempre, es todavía y debe ser en lo futuro el principio de familia, con el cual está, por lo general, en armonía el sentimiento ó la voluntad presumible del difunto.»

En vista de todo lo expuesto, puede concluirse que no es tan

absurda ni se encuentra tan desacreditada como se pretende la antigua teoría que señala como fundamento de la sucesión legítima la presunta voluntad del causante, según la ley natural del amor ó de las afecciones humanas. Queda demostrado que ese fundamento no se ha tenido en cuenta en la historia de la propiedad, ni se atiende hoy por completo, pero precisamente si el sistema actual se considera un adelanto y una perfección, es porque se aproxima bastante, casi se identifica con aquella presunta voluntad y cariño, y como el fundamento de una institución no es el que quiera asignársele en tal ó cual pueblo ó en tal ó cual época de la historia, sino el que deba tener ó aquel en que deba inspirarse la ley, es evidente que hay bastante exactitud, como dijimos al principio, en la afirmación de deber fundarse la sucesión legítima en el principio expuesto.

Veamos ya cómo se desenvuelve y ordena esta materia en nuestro Código civil.

SECCION PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 912

La sucesión legítima tiene lugar:

1.º Cuando uno muere sin testamento, ó con testamento nulo, ó que haya perdido después su validez.

2.º Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto.

3.º Cuando falta la condición puesta á la institución de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer.

4.º Cuando el heredero instituído es incapaz de suceder.

Sirven de precedente á este artículo las leyes 1.ª, tít. 13, y 13 y siguientes del tít. 7.º de la Partida 6.ª Las últimas se refieren á la falta de capacidad para heredar, objeto del número 4.º del artículo. Según la primera, «*Abintestato* es palabra de latín, que quier tanto dezir en romance como ome que muere sin testamento. E esto puede ser en quatro maneras. La primera es quando ome muere, é non faze testamento. La segunda es quando faze testamento non cumplido, non guardando la forma que debía ser guardada. La tercera es quando el testador fizo testamento, que se rompió por algún fijo que nació después, del qual fijo non fizo enmiente en el testamento. La quarta es quando faze testamento acabado, é establece el heredero en él, é aquel heredero non quiere la heredad desechándola».

Todas estas causas aludían al total de la herencia: la sucesión intestada se abría con relación á todos los bienes, pues la existencia de heredero era requisito esencial para la validez del testamento, y según el principio romano, nadie podía morir parte testado y parte intestado.

El Ordenamiento de Alcalá, las leyes de Toro y las de la Novísima Recopilación, aceptaron, como sabemos, una solución contraria, y al ser válidas las mandas y mejoras y cuanto en el testamento se ordenare, aunque en él no constase la institución de heredero, ó aunque esta institución quedase sin efecto por muerte, incapacidad ó renuncia del sucesor ó incumplimiento de condición, según la ley 8.ª, tít. 6.º, y la 1.ª, tít. 18 del libro 10 de la Novísima, se reconoce la apertura de la sucesión legítima en la parte de bienes de que el causante no dispuso, ó en aquella de que no dispuso conforme á derecho, ó en que no llegó á tener efecto su disposición.

Puede, por lo tanto, decirse que el art. 912 acepta la legislación que estaba vigente en esta materia, dándole claridad y unidad como se requería.

Examinemos el precepto, siguiendo el mismo orden del legislador. Procede la sucesión intestada en los casos siguientes:

PRIMER CASO.—Comprende tres motivos determinantes de dicha sucesión, todos los cuales afectan á toda la herencia.

A) *La falta de testamento.*—Este motivo es el más general y sencillo. El hombre no ha testado; la ley testa por él. Los bienes no han recibido un destino determinado con arreglo á la voluntad de su dueño y para después de su muerte: la ley los asigna al pariente más próximo, juzgando que tal debió ser la voluntad del causante, ó que así lo reclaman los deberes para con la familia, ó los fines que ésta debe cumplir.

Claro es que la falta de testamento es aplicable del mismo modo en caso de muerte que en caso de presunción de muerte por ausencia, entendiéndose muerto el ausente, según declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1899 y 6 de Julio de 1902, al cumplirse los treinta años desde que se ausentó, ó al llegar á la edad de noventa años, y nunca al hacerse por los Tribunales la declaración de presunción de muerte.

B) *La nulidad del testamento.*—El testamento nulo no existe legalmente. No se trata de la nulidad de una disposición contenida en el testamento, sino de un vicio esencial que deja sin efecto todo lo que el mismo encierra.

¿Cuándo será el testamento nulo?

a) El testamento, como manifestación de la voluntad, será en primer término nulo cuando esa voluntad no sea la fiel expresión de los deseos del testador, cuando el testamento se haya otorgado con violencia, dolo ó fraude (art. 673).

b) Como acto que debe ser personalísimo, será nulo, cuando aparezca otorgado por tercera persona en cualquier concepto, incluso el de comisario (art. 670).

c) Como acto solemne, revestido de ciertas necesarias formalidades por el legislador, será nulo cuando falten esas formalidedes, según expresa en general el art. 687, y relativamente á los testamentos abierto y cerrado, los arts. 705 y 715. Véase también el segundo párrafo del art. 688 sobre el testamento ológrafo, y lo expuesto en su lugar oportuno sobre testamentos especiales.

d) Por razón de la capacidad para testar, es nulo el testamento otorgado por menores de catorce años, ó por el que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663); el testamento ológrafo otorgado por menores de veintitrés años (art. 668); el testamento cerrado otorgado por ciegos ó por los que no sepan ó no puedan leer (art. 708), etc.

e) El testamento mutuo ó de mancomún ó de hermandad, otorgado después de regir el Código civil (arts. 669 y 733).

f) La disposición testamentaria á que se refiere el art. 672. Este caso, aun refiriéndose al documento y no á su contenido, es especial en cuanto no puede decirse que afecte al testamento y sólo motivará de ordinario la sucesión legítima respecto á la porción de bienes de que en las memorias ó papeles dispusiera el testador.

Del mismo modo puede ocurrir que, siendo el testamento válido, contenga alguna disposición nula. Cuando la nulidad haga relación á la institución de heredero, procederá en todo ó en parte la sucesión legítima; pero este caso más bien puede estimarse comprendido en el núm. 2.º del art. 912 que estamos comentando.

C) *La existencia de un testamento que haya perdido después su validez.*—Se trata de testamentos válidamente otorgados, que quedan sin efecto por circunstancias posteriores. Se hallan en este caso los siguientes:

a) El testamento ológrafo cuya protocolización no se ha solicitado dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador (art. 689).

b) El testamento otorgado en peligro inminente de muerte ó en caso de epidemia, al transcurrir dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia, ó si transcurren tres meses desde el fallecimiento sin solicitarse la protocolización (art. 703).

c) En general, los testamentos otorgados sin autorización de Notario, si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil (art. 704).

d) El testamento militar en general, cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña (art. 719).

e) El mismo testamento otorgado en peligro próximo de acción de guerra, en los casos á que se refiere el art. 720.

f) El testamento marítimo en los casos de los arts. 730 y 731.

g) El testamento revocado, no sustituído por otro válido.

h) El testamento cerrado, cuyas cubiertas están rotas, ó los sellos quebrantados, ó raspadas, borradas ó enmendadas las firmas, en los casos á que se refiere el art. 742.

i) El testamento cuya única disposición es nula, ó aquel en que resultan nulas todas sus disposiciones.

SEGUNDO CASO.—Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte de los bienes, ó no dispone de todos los que corresponden al testador.

Como añade el núm. 2.º del artículo, en este caso (entendiéndose por caso las dos situaciones especiales á que alude dicho número), la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto el testador. No puede entenderse en modo alguno que al faltar la institución de heredero queda el testamento sin efecto en cuanto á todas sus disposiciones, porque esto sería volver á la antigua teoría romana, desacreditada y desterrada hace siglos de nuestra patria, y contrario al espíritu del Código, que se revela en varios artículos, tales como el 814, el 851, el 833 y otros.

Esta causa, generalizada en la misma forma que la primera, ó del núm. 1.º, hubiera comprendido todos los casos.

La falta de heredero ó la no disposición eficaz de todos los bienes, puede, en efecto, resultar.

a) De no existir en el testamento esa institución ó disposición, ya involuntariamente, ya de un modo consciente: caso al que se refiere este núm. 2.º

b) De ser nula la institución de heredero, ó alguna otra disposición: caso no comprendido expresamente en ninguno de los números del art. 912, sobre el cual pueden recordarse los pre-

ceptos de los arts. 750, 752 al 754, 794, 814, 851, 862, 865, 868 y otros.

c) De quedar la institución de heredero ó la disposición de parte de los bienes sin efecto por circunstancias posteriores, en virtud de renuncia, incapacidad posterior, muerte del heredero voluntario ó del legatario antes que el testador, ó incumplimiento de condición: casos á que aluden los números 3.º y 4.º

Tercer grado. — Cuando el heredero no puede ó no quiere heredar. Tal circunstancia no motiva el llamamiento de los sucesores legítimos, si ese heredero tiene, nombrado por el testador, sustituto que vive, es capaz y acepta, ó siendo varios los herederos, procede el derecho de acrecer. Mas no mediando es tas circunstancias, ó faltará el heredero testamentario siendo llamados los legítimos, ó quedará vacante una porción de la herencia, respecto á la cual tiene lugar la sucesión intestada.

La renuncia, en su caso, es necesario que haya sido hecha con las formalidades prevenidas en el art. 1008, pues en otro caso no surtiría efecto. Téngase también presente lo dispuesto en el art. 1001, pues los acreedores particulares del heredero renunciante son, en su caso, preferidos, hasta donde alcance el importe de sus crédicos, á los herederos legítimos.

El caso de muerte se refiere principalmente á los herederos voluntarios. Respecto á los forzosos, procederá en varias ocasiones el derecho de representación, que equivale á la sucesión intestada. La condición de que dependa la institución no puede afectar á la porción forzosa.

Respecto á este número del art. 912, puede presentarse una cuestión de relativa importancia. ¿Procede la sucesión legítima cuando el heredero voluntario muere después que el testador, pero antes de que la condición suspensiva se cumpla?

Del núm. 3.º que examinamos se deduce rectamente que tiene lugar la sucesión intestada, siempre que no haya sustituto ni proceda el derecho de acrecer, en tres casos bien determinados:

1.° Cuando falta la condición puesta á la institución de heredero.

2.° Cuando el heredero muere *antes* que el testador.

3.° Cuando renuncia la herencia.

Cuando el heredero muere *después* que el testador, haya ó no condición, puesto que la ley no distingue, falta el supuesto exigido en el caso segundo, y no procede la sucesión intestada. Cuando la condición *se cumple* antes ó después de la muerte del heredero que sobrevivió al testador, puesto que no hace distinción la ley, tampoco procede esa sucesión. Estas conclusiones, con arreglo al art. 912, son evidentes, como evidente es que la ley se refiere á las condiciones suspensivas, que son las que al faltar ó no cumplirse dejan sin efecto la institución de heredero. En efecto: si falta la condición resolutoria, el derecho del heredero condicional se afirma, y la sucesión intestada no procede.

La misma conclusión antes expuesta se deduce del art. 766. El heredero voluntario que muere *antes* que el testador, no transmite ningún derecho á sus herederos; luego si muere *después*, transmite á sus herederos su derecho. Si este derecho es condicional, su adquisición dependerá del cumplimiento de la condición, pero se transmite á los herederos el derecho condicional. La ley no distingue, y no debemos distinguir.

El art. 799 resuelve claramente la cuestión; pero algunos entienden que dicho artículo está en contradicción con el 759. Se ha tratado de explicar de varios modos esta supuesta contradicción, prefiriendo unos la doctrina del art. 759, otros la del 799, y sosteniendo algunos que son inconciliables. Autores competentes, comparando nuestro Código con el italiano, entienden que se ha cometido un error al trasladar á nuestro derecho el art. 854 de aquel país, y que el art. 799 se quiso referir á una institución, no condicional, sino á término incierto, ó cuyo día forzosamente ha de llegar, aunque se ignora cuándo. Sin embargo, es lo cierto que en el código italiano, en la sección correspondiente á las instituciones condicionales ó á término,

hay dos artículos, el 853 y el 854, refiriéndose el primero á las disposiciones testamentarias hechas bajo condición *suspensiva*, y el segundo á las que sólo suspenden la ejecución de la disposición (á día incierto), mientras que en nuestro Código y en dicha sección esos dos artículos se sustituyen por uno solo, el 799, que claramente se refiere á las disposiciones sujetas á condición suspensiva, y al cual sirve de complemento el 801, que prescindiendo de la vida ó muerte del heredero ó legatario, ordena que los bienes se pongan en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse. En cambio, el art. 759 se encuentra entre los preceptos relativos á la incapacidad para suceder.

Aunque nuestro criterio resulta claramente en el comentario del art. 799, que estimamos es el que debe aplicarse á los efectos de las disposiciones testamentarias condicionales, como ni en dicho artículo ni en el 759 hemos examinado concretamente la cuestión, planteada de nuevo con motivo del 912, creemos conveniente que quede resuelta en este lugar, ampliando lo expuesto en los comentarios de aquellos artículos.

Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. De aquí se deduce la regla general de que el heredero voluntario y el legatario que mueren antes que el testador, como al morir, nada tenían adquirido, nada transmiten á sus herederos.

Cuando los herederos ó legatarios sobreviven al testador, pueden ya adquirir derechos á la sucesión, porque la última votad del finado es firme; mas para ello es necesario que sean capaces de suceder, y á determinar esa capacidad tienden los arts. 744 á 762, expresando el 758, que para calificar la capacidad se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, confirmando esta regla el 766, al decir que el heredero incapaz de heredar no transmite derecho alguno á sus herederos. Al efecto es indiferente que la institución sea pura ó condicional; no pudo el heredero adquirir por ser incapaz, no pudo tampoco transmitir.

La cuestión se complica algo al ser la institución condicional. Se ignora si ocurrirá ó no el hecho del que la condición dependa, y de su cumplimiento ha de derivarse el nacimiento ó la extinción del derecho á la herencia ó al legado.

La condición resolutoria no altera desde luego la cuestión, porque el derecho transmitido en esa forma es inmediatamente exigible. Si el heredero sobrevive al testador y tiene capacidad para suceder, adquiere en el acto. Si muere antes que el causante, ó, aunque sobreviva, es incapaz, no adquiere ni transmite nada á sus herederos.

La condición suspensiva determina por su cumplimiento la efectividad del derecho. Hasta que se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse, los bienes de la herencia, ó la parte de ellos afecta á esa condición, se ponen en administración. Pero si la condición suspensiva se cumple, sus efectos se retrotraen al día de la constitución de aquélla, según el art. 791 en relación con el 1120; día que en las transmisiones por causa de muerte no puede ser otro que el del fallecimiento del testador, porque hasta entonces no hay institución definitiva, pura ni condicional.

Fundándose en estas consideraciones, dice el art. 799, que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se cumpla dicha condición, siempre, es claro, que sobreviva al testador. Siendo este artículo la regla de que hay adquisición desde el momento de la muerte del causante, aunque la institución estuviere hecha bajo condición suspensiva; si bien dicha adquisición, como condicional, se halla subordinada al cumplimiento de la condición.

Combinando este principio con el de la capacidad del heredero, surge de un modo natural y necesario el precepto del artículo 759, el cual ordena que el heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

Para calificar la *capacidad* del heredero *condicional*, se aten-

derá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y además al tiempo en que se cumpla la condición, como lo ordena el art. 758. De aquí se deduce que el heredero condicional, capaz al tiempo de morir el testador, no puede heredar si es incapaz al cumplirse la condición. Ahora bien: el primero y más esencial requisito para tener ó no tener capacidad, es vivir; el que muere antes de cumplirse la condición, aunque sobreviva al testador, claro es que en ese momento no puede ser capaz, ni puede, por lo mismo, adquirir derecho á la herencia, ni transmitirlo á sus herederos; de donde nace el precepto del art. 759, siendo éste, y no el 799, el que debe aplicarse al caso.

Basta examinar las causas de incapacidad ó indignidad para comprender que varias de ellas, lo mismo pueden tener su origen en hechos anteriores, que en hechos posteriores á la muerte de la persona de cuya sucesión se trata. Por consiguiente, se ve clara la posibilidad de aplicar el art. 758, refiriéndose á la capacidad, y sin suponer que sólo á la muerte del heredero pudo aludir, como algunos pretenden: alusión oscura é inadmisible, que supondría en el legislador el error de confundir la vida con la capacidad, ó la incapacidad con la muerte.

Por lo demás, aunque tal posibilidad no existiese, siempre sería aventurada esa suposición, porque el precepto de dicho artículo 758 se explicaría atendiendo á otra importante razón, que también tendría presente el legislador. Siendo condicional la institución é incapaz el heredero al morir el causante, ¿basta que tenga capacidad al cumplirse la condición? El art. 758 lo niega al exigir en las dos épocas capacidad.

Una cosa es la existencia y otra la capacidad. Esta supone la vida desde luego; pero de aquí no puede deducirse que el heredero que muere después que el testador, y antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno á sus herederos, y provoca la sucesión legítima. El Código no confunde la muerte con la incapacidad, y aunque ésta origina la pérdida de derechos, no hay razón para que aquélla se castigue con la misma privación.

El heredero condicional ha de ser capaz en el momento de la muerte del testador; si no lo es, no transmite derecho alguno á sus herederos, aunque, naturalmente, sobreviva al causante: he aquí la razón y el precepto del art. 759. Si esa capacidad la pierde después, y de ella carece al cumplirse la condición, tampoco hereda, y he aquí el precepto del art. 758 en su último párrafo, siempre, es claro, suponiendo la vida, porque sin vida no hay capacidad ni incapacidad.

Al lado de estos preceptos relativos á la capacidad del heredero que vive, la ley desarrolla otros que se refieren al heredero que muere. Si muere antes que el testador, no llega á heredar; si muere después que él, adquiere derecho á su herencia, porque la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte, y desde ese momento adquiere su derecho el heredero que sobrevive al testador. ¿Es el derecho condicional?: adquiere un derecho condicional. ¿Es definitivo?: adquiere un derecho definitivo. Esto es lo que dicen el art. 799, y el 766 y el 912, y esto es conforme con la naturaleza de la condición suspensiva, cuyos efectos se retrotraen al tiempo de la muerte del testador, y es conforme con la doctrina más racional y admitida en la materia, como dijimos al comentar el art. 799.

Si el heredero sobrevive al causante y muere antes que la condicion se cumpla, muere cuando ya tenía adquirido el derecho á heredar si la condición se cumplía. Al realizarse la condición, ni es capaz, ni incapaz, por lo mismo que para tener capacidad es preciso vivir, y él ha muerto. Si viviese, se le exigiría capacidad; no viviendo, sólo puede ésta exigirse á sus herederos. En muchos casos la muerte equivaldrá á la falta de cumplimiento de la condición.

Aplicación de este mismo principio es el art. 1006. La aceptación de la herencia equivale jurídicamente á una condición suspensiva. El heredero adquiere su derecho desde la muerte del testador; pero lo adquiere si acepta, y para aceptar también se requiere capacidad. Si muere antes de aceptar ó repudiar, ¿diremos que no transmite ese derecho á sus herederos, porque

al no vivir no tiene capacidad, ó porque murió antes de cumplirse la condición? La ley dice lo contrario, y así debe ser con arreglo á los principios expuestos. El que ha muerto, siendo capaz, después del fallecimiento del causante, ha adquirido el derecho á heredar para el caso de que la condición se cumpla. La capacidad al tiempo de cumplirse ésta sólo puede exigirse á una persona viva. El art. 758 ni se ocupa de personas muertas ni puede ser á éstas aplicable.

Por lo tanto, el núm. 3.º del art. 912 debe entenderse con arreglo al sentido natural y claro de sus palabras. Cuando el heredero muere *después* que el testador (antes ó después de cumplirse la condición), no procede la sucesión intestada. Cuando la condición de que depende la adquisición del derecho hereditario se cumple (antes ó después de la muerte del heredero que sobrevivió al testador), tampoco procede dicha sucesión.

Cuarto caso.—Cuando el heredero instituído es incapaz de suceder. Requiere la misma aclaración que el caso tercero. Si, pues, el heredero incapaz tiene nombrado quien le sustituya, ó si, llamado con otros á la herencia, procede el derecho de acrecer, no tendrá lugar la sucesión intestada. La capacidad ha de existir en los momentos en que la ley lo exige, con arreglo al artículo 758.

Respecto á esta causa, y al caso de desheredación, ténganse presentes los arts. 761 y 857.

Otras causas.—A pesar del buen deseo del legislador de reunir en este artículo todos los casos en que la sucesión intestada procede, puede señalarse alguna omisión.

Así la sucesión intestada se abre respecto á una parte de los bienes, al menos en el caso del art. 814 *(preterición)*, y en otros varios en los cuales se anula la institución de heredero ó alguna otra disposición testamentaria.

Lo mismo ocurre en las instituciones á término al llegar el día, ó mientras el día llega, y en las sujetas á condición resolutoria, cuando falta ó se extingue el derecho transmitido por cumplirse dicha condición.

En aclaración del artículo que comentamos y con respecto á las causas que pueden dar lugar á la sucesión intestada, hubo de establecer el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de Enero de 1901, refiriéndose á la imposibilidad del cumplimiento de la voluntad del testador en el pago de un legado, que cualesquiera que fuesen las dificultades que se presentasen, en la forma presentada por el testador acerca del destino de los bienes, no aparece la *imposibilidad* de realizar la disposición testamentaria en su *parte esencial*, dadas las facultadas conferidas á los albaceas para obrar según proceda, no pudiendo, consiguentemente afirmarse que por no tener efecto el legado se esté en el caso de aplicar la disposición del núm. 2.° del art. 912, respecto de los bienes á que el legado se refiere.

Como aplicación directa y rigurosa del artículo por causa de nulidad, en virtud de la cual y por falta de testamento válido deba abrirse la sucesión intestada, la sentencia de 5 de Noviembre de 1902 declara terminante, que no infringe el citado artículo del Código civil, la sentencia que declara nulo un testamento otorgado en inminente peligro de muerte, por haberse dejado de escribir *pudiendo* haberlo escrito, ordenando, en su consecuencia, que se abra la sucesión intestada.

Concordancias.—Los Códigos de Francia y Bélgica no regulan clara y determinantemente esta materia. El de Portugal (artículo 1968) de una manera general expresa que cuando una persona fallece sin disponer de sus bienes ó habiendo dispuesto sólo en parte, ó si su disposición fuese anulada ó caducase, los herederos legítimos tendrán derecho á dichos bienes ó á la parte de que el testador no hubiese dispuesto. El Código Italiano (artículo 720) sienta el principio general de que no tiene lugar la sucesión legítima, sino cuando falta en todo ó en parte la testamentaria.

Por lo que se refiere á las concordancias del artículo que comentamos con los de los Códigos hispano-americanos, el Código de la Argentina no contiene disposición alguna concordante, salvo la doctrina en que puede deferirse la herencia de una mis-

ma persona, por voluntad del hombre en una parte y en otra por disposición de la ley (art. 3314). Bolivia no expresa sino lo que se refiere á la revocación y caducidad de los testamentos.

Los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y de la República de El Salvador establecen que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, ó si dispuso, no lo hizo conforme á derecho, ó no han surtido efecto sus disposiciones (artículo 780 de Chile, 1037 de Colombia, 920 del Ecuador y 986 de El Salvador). Guatemala carece también de precepto concordante con nuestro Código. Tanto en las disposiciones generales relativas al modo de adquirir el dominio por la herencia (artículo 747) como en las de la sucesión legal (art. 950) consigna que las *herencias legales* se adquieren por disposición de la ley á falta de testamento. Honduras, Costa Rica y Méjico concuerdan literalmente con nuestro Código (arts. 1145, 571 y 3571 respectivamente). Uruguay, con ligeras variantes, contiene la misma doctrina que el patrio (art. 986), y, últimamente Venezuela, como Italia (art. 708), determina que no hay lugar á la sucesión abintestato, sino cuando en todo ó en parte falta la sucesión testamentaria.

ARTÍCULO 913

A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda, y al Estado.

ARTÍCULO 914

Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente á la sucesión intestada.

Estos artículos requieren apenas explicación.

El primero sienta las líneas generales para los llamamientos en la sucesión intestada, y recibe su desarrollo en los arts. 930

al 958. Así es que, aunque la herencia, según dicho artículo, se defiere á los parientes legítimos y naturales, al viudo y al Estado, ha de entenderse según las reglas que después dicta el legislador, y no mezclados y sin orden. Los parientes naturales, por ejemplo, sólo suceden cuando expresamente se les llama y con relación á las personas que proceda, nunca confundidos con los parientes legítimos como declara la sentencia de 24 de Junio de 1897, que examinaremos en su lugar.

Asimismo la sentencia de 3 de Febrero de 1898 refiriéndose á la ley 11, título 20 del Fuero de Vizcaya que reconoce derechos legitimarios á los hijos naturales, á falta de hijos ó descendientes de legítimo matrimonio, establece que el fallo que declara único heredero de una persona á su hijo natural, habiendo aquélla sido soltera, se ajusta á las leyes del Fuero, interpretándolas en su mutuo enlace y en concordancia con otro texto del mismo Cuerpo legal, y con los derechos que el Código civil reconoce á los hijos naturales.

El art. 914 se limita á aplicar á la sucesión legítima los preceptos de los arts. 745 á 762, lo cual se expresaba ya en términos generales en el art. 744. Sin embargo, en dichos artículos hay varios peculiares de la sucesión testamentaria.

Concordancias.—El Código de la República Argentina (artículo 3579) asienta el mismo orden de llamamiento á la sucesión legítima que nuestro derecho patrio. El de Bolivia considera como herederos legales (art. 503) á los parientes del difunto dentro del cuarto grado, el esposo sobreviviente y el Estado. En posteriores artículos y con arreglo á la ley de 27 de Diciembre de 1882, se reconoce el derecho de heredero forzoso de sus padres y abuelos á los hijos naturales reconocidos.

Los de Chile y Ecuador llaman á la sucesión intestada á los descendientes y ascendientes legítimos, colaterales legítimos, hijos naturales, padres naturales y hermanos naturales, al cónyuge sobreviviente y por último al fisco (arts. 983 y 973 respectivamente).

Colombia seguía el mismo orden que los Códigos de Chile y

Ecuador, pero modificado el art. 1040 de su Código civil por el 85 de la ley 53, de 24 de Agosto de 1887, el orden de llamamientos es el siguiente: descendientes legítimos y sus legítimos ascendientes, colaterales también legítimos, hijos naturales, padres y hermanos naturales, cónyuge supérstite y en último lugar, el Municipio de la vecindad del finado.

Guatemala establece el mismo orden de llamamiento, limitando el de la línea colateral al 4.º grado; no habiendo parientes dentro de este grado la herencia ingresa en la Tesorería de las Facultades. Suprimidas las Tesorerías de los establecimientos de enseñanza por disposiciones posteriores á este Código, hereda el Fisco. No obstante los preceptos expuestos, los Decretos de Reformas han concedido á los hijos ilegítimos reconocidos el derecho de heredar con prioridad á los ascendientes y en concurrencia con los hijos legítimos en la proporción que oportunamente mencionaremos (arts. 935 al 941 y 953 del Código guatemalteco).

Honduras copia literalmente en sus arts. 1046 y 1047, las disposiciones de los que comentamos.

Méjico (art. 3575) concede la sucesión legítima á los ascendientes, descendientes, cónyuge que sobrevive, colaterales dentro del octavo grado y al Fisco.

El del Salvador llama á la sucesión intestada á los descendientes y ascendientes legítimos, hijos legítimos, padres ilegítimos, parientes dentro del cuarto grado y en último término, á la Universidad y los hospitales (art. 993).

El Código del Uruguay (art. 989) como el Código español, con él que concuerda literalmente, establece el mismo orden de llamamiento y el de los Estados Unidos de Venezuela llama á la sucesión intestada por el siguiente orden á los descendientes y ascendientes legítimos, hermanos é hijos legítimos de éstos, cónyuge sobreviviente, hijos naturales, colaterales legítimos hasta el octavo grado, y á falta de todos los herederos abintestato antes expresado, la herencia se difiere al patrimonio de la nación con destino, mitad á la Instrucción pública y mitad á la Beneficencia nacional (arts. 723 al 732).

SECCION SEGUNDA

DEL PARENTESCO

ARÍCULO 915

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

ARTÍCULO 916

La serie de grados forma la línea, que puede ser directa ó colateral.

Se llama directa la constituída por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituída por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

ARTÍCULO 917

Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga á una persona con aquellos de quienes desciende.

ARTÍCULO 918

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del

hermano, tres del tío, hermano de su padre ó madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

ARTÍCULO 919

La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico.

Aunque estos artículos exponen con toda claridad la doctrina referente al parentesco, y no creemos ofrezcan dudas ni dificultades, añadiremos algunas breves explicaciones para completar la materia.

Parentesco.—El parentesco es un lazo, vínculo ó relación que une entre sí á varias personas.

Cuando ese lazo, vínculo ó relación se establece por la comunidad de origen entre las personas á quienes alcanza, por correr en sus venas la misma sangre, por proceder de un tronco ó progenitor común, el parentesco se llama *natural* ó de *consanguinidad.*

Cuando ese lazo se establece por el bautismo ó la confirmación, el parentesco es *espiritual.*

Cuando procede de la adopción, el parentesco es *civil*, como era civil el parentesco creado en Roma mediante el vínculo de la patria potestad.

El parentesco natural puede ser *legítimo* ó *ilegítimo*, según que los progenitores que constituyen el tronco común hubiesen estado unidos legítimamente por el matrimonio, ó unidos sólo naturalmente por cualquier relación ilícita.

Uno y otro pueden clasificarse en parentesco de *doble vínculo* ó de *vínculo sencillo*, como veremos al comentar el art. 920.

El parentesco natural legítimo origina el de *afinidad*, que es el que une á cada uno de los cónyuges con la familia del otro. Del principio de constituir el matrimonio la unión de dos en uno, ó á un solo fin común, nació este parentesco, por virtud del cual, el marido se relaciona con los parientes de su mujer

como si lo fuesen suyos, y la mujer se relaciona con los parientes de su marido.

A su vez, por los esponsales se estableció otro vínculo ó parentesco especial, que se llamó de *cuasi afinidad*.

A los efectos de la sucesión intestada, estas ramas, que se derivan del parentesco legítimo de consanguinidad, creando relaciones más ó menos ficticias, no interesan á nuestro estudio, en el que sólo debemos ocuparnos del vínculo emanado de la misma sangre ó de la procedencia de un tronco común, y á ese parentesco se refieren los artículos 915 al 919. Por otra parte, y aunque en estos artículos, consagrados en general á las reglas sobre el parentesco, no es necesario separar el que procede de uniones legítimas del procedente de uniones ilegítimas, no cabe duda que el matrimonio es el que verdaderamente presta á la materia la fijeza que se necesita, pues si de él en todas las sucesivas generaciones se prescindiese, sería dificilísimo determinar la relación fuera de los más próximos parientes.

De todos modos no hay confusión alguna, pues la ley, siempre que se refiere á los parientes ilegítimos, añade el calificativo que les corresponde.

Líneas y grados.—La línea, en general, es la serie de personas unidas en lazo de parentesco natural, por descender todas de un tronco común. Según la ley 2.ª, tít. 6.º, Partida 4.ª, es «ayuntamiento (lazo) ordenado de personas que se tienen *unas* de otras como cadena, descendiendo de una rayz, é facen entre sí grados de partidos».

De cada persona ó pariente al más inmediato media una generación: esta distancia constituye un grado. El Código, expresando en otra forma la idea de la línea, dice que la forman la serie de grados ó generaciones.

La línea es directa ó colateral. Se llama directa, la constituída por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral, la constituída por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

Según la citada ley de Partidas, «hay tres maneras de líneas. La primera es una línea que sube arriba, assi como padre ó abuelo ó visabuelo, ó trasabuelo ó dende arriba. La otra que desciende, como fijo ó nieto, ó visnieto ó trasvinieto é dende ayuso. La otra es que viene de trauiesso. E esta comiença en los hermanos, é de sí desciende por grado en los fijos ó en los nietos dellos, é en los otros que vienen de aquel linaje. E por esso es llamada esta línea de trauiesso: porque los que son en los grados della non nascen vno de otro».

La línea recta es, pues, ascedente ó descendente.

En la colateral hay siempre dos ramas, que pueden ser iguales ó desiguales.

Computación.—Como hemos dicho, cada generación forma un grado. La proximidad en el parentesco, que es la que determina preferencia para suceder, con arreglo al art. 221, se aprecia por el número de grados ó generaciones que median entre el causante de la herencia y el que aspira á sucederle. A menor número de grados, mayor proximidad de parentesco, mayor relación, vínculo más atendible. Los parientes entre los que sólo media una generación, se hallan en primer grado; cuando median dos, en segundo; si tres, en tercero, etc.

En la línea recta ascendente ó descendente la computación es sencillísima. Entre un padre y un hijo media sólo una generación: hay, pues, un grado, ó están en primer grado de parentesco; entre un nieto y su abuelo hay dos generaciones, ó están en segundo grado, y así sucesivamente.

En la línea transversal ó colateral hay siempre dos ramas, y en ambas han de contarse las generaciones, subiendo en una del causante al tronco común, y bajando en la otra desde ese tronco hasta el que aspira á suceder. Así los hermanos proceden de un mismo padre ó madre; el padre ó la madre es, pues, el tronco común; de un hermano á su padre media una generación ó un grado; del padre al otro hermano hay otra generación ó grado; los hermanos se hallan, pues, en segundo grado de parentesco. Entre primos hermanos, el tronco común es el abuelo;

subiendo de un primo al abuelo hay dos grados; bajando del abuelo al otro primo hay otros dos: luego entre ellos median cuatro grados ó están en cuarto grado de parentesco. Entre tío y sobrino hay tres grados, porque en una de las ramas hay una generación y en la otra dos. Siempre resulta que son tantos los grados cuantas las personas menos una, ó sea no contando la que sirve de tronco común.

Los parientes de la línea recta de arriba, con relación al causante se llaman *ascendientes;* los de la línea recta de abajo, se llaman *descendientes;* y todos los de la línea oblicua ó transversal, *colaterales.*

Los hijos de un mismo padre ó madre, ó de los mismos padres, se nombran hermanos; los nietos de un mismo abuelo, procedentes de distintas ramas, se llaman primos hermanos ó primos primeros; los biznietos de un mismo bisabuelo en las diversas ramas que de él proceden, son entre sí primos segundos. Todos ellos se hallan á igual distancia del tronco común en su respectiva rama y clase, ó se hallan en la misma generación respecto á ese tronco.

Cuando en la línea colateral, la distancia al tronco común entre dos parientes es desigual, ó no se hallan con relación á ese tronco en la misma generación, el parentesco es de tío con sobrino. Es tío el que más se aproxima al tronco ó dista de él menos grados, y sobrino el que más se separa ó dista más.

De todo ello resulta que, en *primer* grado de parentesco hay dos clases de parientes con relación al causante de la herencia: los hijos y los padres; en *segundo* grado hay tres clases: los nietos, los abuelos y los hermanos; en *tercer* grado, cuatro clases: los biznietos, los bisabuelos, los tíos primeros ó carnales, hermanos del padre, y los sobrinos primeros ó carnales, hijos de hermanos; en *cuarto* grado hay cinco clases: terceros nietos, terceros abuelos, primos hermanos, tíos segundos, hermanos del abuelo, y sobrinos segundos, nietos de hermanos; en *quinto* grado, hay seis clases de parientes; y en el grado *sexto*, siete.

Como advierte el art. 919, la computación en que nos hemos

ocupado rige para todas las materias, excepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico. Véase el comentario del art. 75.

Concordancias.—La determinación del parentesco y computación de los grados que le constituyen es casi la misma en todos los Códigos.

La Argentina enumera los grados del parentesco en sus diversas modalidades de consanguinidad, afinidad é ilegítimo en el libro 1.º relativo á los derechos de familia, y al exponer los derechos y obligaciones de los parientes (título VI, libro 1.º, sección 2.ª).

El Código de Bolivia habla del parentesco y de su computación con brevedad suma y dentro del capítulo relativo al orden de suceder abintestato (*art. 623 al 625*).

Los de Chile, Colombia, Ecuador y el del Salvador, que, como es sabido, marchan al unísono, no contienen precepto alguno que directamente concuerde con las prescripciones relativas al parentesco consignadas en el Código civil español.

Por el contrario, el Código de Guatemala no sólo contiene en párrafo especial el parentesco y modo de computar los grados, sino que también define los caracteres del de consanguinidad, afinidad y parentesco civil (*arts. 959 á 963*).

Honduras, en sus arts. 1048 al 1053, copia literalmente al Código civil español.

Méjico no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad, delimita el concepto de uno y otro y en la forma común á todos los Códigos, y dentro de la parte relativa al matrimonio, examina las líneas, los grados y la manera de computarlos (*arts. 181 al 188*).

Perú, brevísimamente, examina la serie de generaciones ó grados, las líneas y la computación de aquélla dentro del título concerniente á la sucesión legal (*arts. 884 al 890*).

El Código de la República Oriental del Uruguay, dentro de las disposiciones generales á la sucesión intestada, en solo dos artículos, expresa el modo de *medir* el parentesco (líneas y gra-

dos) y la forma de computar los grados que componen la línea (*artículos 990 y 991*).

Ultimamente, el Código venezolano, en el título III del libro 1.º, referente á las personas, expone los conceptos de parentesco, grados, serie de éstos que forman la línea y computación en la misma forma que la de todos los cuerpos legales antes expuestos (*arts. 57 al 60*).

ARTÍCULO 920

Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente.

Define este artículo el parentesco de doble vínculo para distinguirlo del de vínculo sencillo.

El parentesco se gradúa siempre con relación á la persona de cuya sucesión se trata.

Del art. 920 se deduce que hay parientes por parte de padre, los cuales constituyen la línea paterna; parientes por parte de madre, que constituyen la línea materna; y parientes por parte de padre y de madre, que dan lugar al parentesco nombrado de doble vínculo. Siempre con relación al padre ó á la madre del causante; pues tratándose de la sucesión de éste, sus parientes de doble vínculo serán los que tenga por parte de *su* padre y de *su* madre.

Los *descendientes* del difunto son siempre parientes de doble vínculo, puesto que han de descender todos del padre y de la madre de ese difunto.

Los *ascendientes*, en cambio, serán siempre, por regla general, parientes de una sola línea, y de aquí la distinción de abuelos ó bisabuelos paternos (ascendientes por parte del padre del difunto), y abuelos ó bisabuelos maternos (ascendientes por parte de la madre del difunto). Se exceptuará el caso en que se hubiesen unido en matrimonio parientes de distintas líneas procedentes de un tronco común.

Los *colaterales* pueden ser parientes de una sola línea ó de ambas. Los hermanos del difunto, hijos del mismo padre y de la misma madre que él, son parientes de doble vínculo, y lo mismo sus descendientes. Los hermanos del difunto, hijos solamente del mismo padre ó de la misma madre que él son parientes de una sola línea, y lo mismo sus descendientes. Los demás colaterales son sólo parientes por parte de padre ó por parte de madre, pues serán hermanos de ascendientes paternos ó maternos, ó descenderán de esos hermanos. Se exceptúa el caso en que se efectúen matrimonios entre parientes de una y otra línea.

El doble vínculo, como veremos, sólo tiene importancia, en el sistema de nuestro Código, con relación á los hermanos y á los hijos de hermanos.

Véanse los arts. 946 al 951 y el comentario al art. 811.

No existen precedentes ni concordancias concretas sobre este artículo, que se limita á definir el doble vínculo. Tienen relación en todas las legislaciones, y en nuestros Códigos antiguos, los preceptos referentes á la sucesión intestada de los hermanos, ó á la división por líneas, como veremos en su lugar oportuno.

ARTÍCULO 921

En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.

Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo que se dispone en el art. 949 sobre el doble vínculo.

El precedente más exacto de este artículo está en la ley 4.ª, título 2.º, libro 4.º, del Fuero Juzgo, según la cual: «La buena daquellos que mueren que non fazen testamento, ni ante testimonios ni por escripto, los que fueren más propinquos deben aver la buena.»

Con motivo de llamamientos especiales á la sucesión intestada, repiten la misma doctrina y aceptan el principio de igualdad

otras leyes, tales como la 10.ª del mismo título y libro del Fuero Juzgo; la 1.ª del tít. 6.º, libro 3.º, del Fuero Real, y la 6.ª del título 13, Partida 6.ª

Sienta el art. 921 dos reglas generales importantísimas en materia de sucesión legítima.

Primera regla.—El pariente más próximo excluye al más remoto. Habiendo parientes del primer grado, no heredan los del segundo. Estos heredan á falta de aquéllos, excluyendo á los del tercero, y así sucesivamente. El hijo excluye, pues, al nieto, porque aquél está en primer grado y éste en segundo. El padre excluye por igual razón al abuelo, el hermano al sobrino, etc. Tal es la regla general.

Esta regla se altera en virtud del derecho de representación, del que trata la sección siguiente, arts. 924 al 929. Para alterarla, la ley finge que los descendientes del hijo toman, á falta de éste (por muerte, desheredación ó incapacidad), el grado ó lugar de ese hijo, y que los hijos de los hermanos se colocan, en los mismos casos, en el grado ó lugar de los hermanos. El nieto sería excluído por el hijo, el sobrino por el hermano, la representación borra tal exclusión, suponiendo la ley que han adquirido un grado superior al que en realidad debiera corresponderles en la sucesión.

Esta es la única excepción que parece admitir la primera regla del art. 921. Sin embargo, sería un error creerlo así. Hay que atender, con preferencia á todo, al orden de suceder.

Según la regla expuesta y la de que después nos ocuparemos, al difunto debían suceder juntos, y aun por partes iguales, su padre y su hijo, puesto que ambos están en primer grado; sus abuelos, hermanos y nietos, á falta de aquéllos, puesto que todos están en segundo grado; sus bisabuelos, sus biznietos, sus sobrinos y sus tíos carnales, puesto que se hallan todos éstos en tercer grado, y así sucesivamente. Y no es así, porque con preferencia al grado existe el orden de suceder.

La ley llama á los parientes á la herencia, distribuyéndolos en ciertas clases y señalándoles determinado orden de preferen-

cia para suceder. Estos órdenes son: 1.°, el de los descendientes; 2.°, el de los ascendientes; 3.°, el de los colaterales, subdividido éste en dos: *a*) hermanos é hijos de hermanos: *b*) los demás colaterales dentro del sexto grado. En el sistema de la ley, los parientes pertenecientes al primer orden excluyen á los del segundo, y los del segundo á los del tercero; así, los ascendientes sólo son llamados á la herencia á falta de descendientes; los colaterales sólo á falta de ascendientes y de descendientes; los tíos y primos sólo á falta de hermanos é hijos de hermanos.

El orden es, pues, preferente al grado, y sólo con relación á cada orden ha de admitirse la primera regla general del artículo 921.

Dentro de cada orden altera la regla el derecho de representación; pero no es esto solo. Aun sin proceder este derecho, hay otro que puede considerarse como excepción, el del art. 923.

Cuando el heredero único ó todos los herederos de grado preferente repudian la herencia, no procede el derecho de representación, y heredan los del grado siguiente. Son llamados los del segundo grado habiéndolos del primero en el mismo orden. Sin embargo, aquí la ley supone que esos herederos de grado preferente no existen, y por eso llama, según la regla, á los del siguiente grado.

Segunda regla.—Los parientes del mismo grado heredan por partes iguales. Es también la regla general; pero tiene sus excepciones.

La ley señala el doble vínculo en el caso del art. 949. El vínculo doble representa la suma de dos vínculos sencillos, y exige doble participación, una por cada una de las líneas que se compenetran y confunden.

Hay que atender además al orden de suceder, al derecho de representación y á la división por líneas.

a) Con relación al orden de suceder, repetimos lo anteriormente expuesto. Sólo dentro de cada uno de los órdenes es cierto que los parientes que se hallan en igual grado heredan por partes iguales.

b) Con relación al derecho de representación ha de tenerse en cuenta que todos los parientes reunidos que representan á un sucesor, deben considerarse como una sola persona. Si heredan seis nietos, dos de ellos en representación de un hijo premuerto, y los otros cuatro en representación de otro hijo incapaz, esos nietos, aunque todos en el mismo grado, no heredan por partes iguales, sino que cada uno de los dos primeros recibe doble porción que los otros cuatro; pero es porque cada uno de los dos grupos representa á una sola persona ó constituye una unidad.

c) Con relación á la división por líneas, se observa que, muerta una persona sin descendientes y sin padres, con abuelo paterno, y abuelo y abuela maternos, aquél recibe la mitad de la herencia, y cada uno de éstos sólo una cuarta parte (art. 937), y, sin embargo, se hallan dentro del mismo grado. O hay que mirar en esto una excepción á la segunda regla del art. 921, ó debe estimarse que los parientes de igual grado en cada línea, sean uno ó más de uno, constituyen una sola persona á los efectos de la regla citada.

Con arreglo á la Resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Marzo de 1905, las reglas referentes á la sucesión intestada, y entre ellas la esencial del artículo que examinamos, son aplicables para determinar los parientes con derecho á reserva, en el caso del art. 811. Véase el comentario de este último artículo.

Concordancias.—Concuerda este artículo en su esencia con todos los Códigos anteriormente expuestos en la enumeración que hicimos en el comentario á los arts. 915 al 919, los cuales admiten como principio en la sucesión intestada la proximidad de grado.

ARTÍCULO 922

Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren suceder, su parte acrecerá á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar.

Este artículo aclara y confirma el anterior en su regla primera.

El pariente ó los parientes más próximos en grado, excluyen á los más remotos, dentro de cada uno de los órdenes de suceder. La regla se refiere en general á los parientes más próximos en grado que existan en el momento de la muerte del causante, que es cuando ha de abrirse su sucesión. Si alguno de estos parientes no puede ó no quiere heredar, ¿pasará su porción á los parientes del grado inmediato, ó quedará en los de grado más próximo que pudieron y quisieron haber la herencia? Tal es la cuestión que resuelve el art. 922.

No querer heredar, es repudiar la herencia. No poder heredar, es ser incapaz para suceder. En la sucesión intestada, como hemos indicado, no cabe hablar de premorir el pariente al testador, porque la ley no concede ningún derecho á los parientes anteriormente fallecidos. Ni cabe tampoco ocuparse en la falta de cumplimiento de condiciones.

Estima el art. 922 que los parientes incapaces y los que repudian la herencia no existen legalmente al efecto de suceder, y con este criterio determina que la porción del renunciante ó incapaz acrezca á los parientes del *mismo* grado, como si sólo éstos existiesen en realidad en la sucesión, confirmando con esto la regla general, salvo, como en el art. 921, el derecho de representación cuando deba tener lugar.

El derecho de representación no tiene lugar en caso de renuncia (art. 923), y en caso de incapacidad sólo procede, como veremos, en favor de las personas á que se refiere el art. 925. Cuando ese derecho proceda, tiene preferencia sobre el derecho de acrecer, y la parte del heredero incapaz no pasa á los otros parientes del mismo grado, sino á aquellos á quienes corresponda el derecho de representación.

Como complemento de este artículo, véase el comentario del artículo 981.

Concuerda con el 3848 del Código de Méjico.

ARTÍCULO 923

Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, ó, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante.

En el art. 922 se supone que hay otros parientes de igual grado que son capaces y que aceptan la herencia. ¿Qué sucederá si tales parientes no existen, ó si todos renuncian ó son incapaces? A resolver, en parte, esta cuestión, acude el artículo 923, y decimos en parte, porque sólo trata del caso de la renuncia.

El art. 923 es una avanzada de la sección siguiente, que trata de la representación. Niega de antemano á los descendientes del renunciante el derecho de representarle. Tal disposición es perfectamente conforme con la del art. 929: «No podrá representarse á una persona viva sino en los casos de desheredación ó incapacidad».

No existiendo, pues, en caso alguno el derecho de representar al renunciante, y reputándose éste como heredero que falta ó no existe, es natural que si el pariente único más próximo por derecho propio ó por derecho de representación, ó todos los parientes de grado más próximo renuncian, la ley ha de llamar á suceder por derecho propio á los del grado siguiente, dentro, se entiende, del mismo orden, y si no los hay en él, á los del orden siguiente.

¿Ocurrirá lo mismo en caso de incapacidad? El art. 923 pudo referirse también á él sin inconveniente alguno, salvando, como en los 921 y 922, el derecho de representación. En efecto: aunque el art. 923 no lo diga, es evidente que si el pariente único ó todos los parientes de grado más próximo son incapaces, ó procede ó no el derecho de representación. Si procede, por tratarse de las personas á quienes únicamente concede tal derecho el ar-

tículo 925, los descendientes del hijo ó los hijos del hermano representarán al incapaz. Si no procede, la ley presume que el pariente incapaz no existe, y llama á la herencia á los parientes del grado siguiente por su propio derecho ó á los del orden siguiente.

El no conceder el derecho de representación en caso de renuncia, produce una importante consecuencia. Los parientes del grado más inmediato al del renunciante ó renunciantes, al suceder por derecho propio, dividen la herencia por cabezas y no por estirpes, según la regla general del art. 921. Veremos lo que esto significa al comentar el art. 926.

La ley, en el art. 923, se refiere á los parientes del grado siguiente *dentro del mismo orden* llamado á la sucesión. Si en ese orden no existen tales parientes, serán llamados los del *orden* siguiente, pudiendo ocurrir que éstos sean de grado más próximo ó igual que el del renunciante, como si renuncian los nietos y es llamado el padre ó los hermanos.

¿Por qué no puede representarse al renunciante? ¿Es esto justo? No queremos adelantar en este lugar más ideas de las necesarias sobre el derecho de representación, por lo que nos ocuparemos de esta cuestión al comentar el art. 929.

El art. 923 no tiene tampoco precedentes concretos en nuestro derecho, aunque estaba admitida la doctrina que en él se contiene, tanto en lo relativo á no admitirse en caso de renuncia el derecho de representación, como en lo de ser llamados, al no haber otros parientes de igual grado, los del grado siguiente.

Como concordante más exacto, puede citarse el art. 3849 del Código de Méjico. También puede verse el 1972 del de Portugal.

El art. 987 del Código de Chile permite representar al heredero que renuncia.

SECCIÓN TERCERA

DE LA REPRESENTACIÓN

Derecho de representación. — Ideas generales.

El derecho de representación es peculiar de las sucesiones legítimas. El Código se ocupa de él al tratar de la sucesión intestada; pero puede afirmarse que su doctrina es también aplicable en la sucesión testamentaria, en materia de legítimas, como se demostró al comentar el art. 808.

Ya hemos dicho en el comentario del art. 921, que la ley establece varios órdenes para suceder abintestado, y que el principio general de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, solo es cierto con relación á cada orden de suceder. Así, la ley llama en primer término á la herencia intestada de una persona á sus descendientes legítimos, los cuales constituyen el primer orden, y sólo á falta de descendientes es llamado el segundo orden, constituído por los ascendientes, etc.

Ahora bien: según el art. 921, el derecho de representación constituye también una excepción de la regla: excepción por virtud de la cual, dentro de un mismo orden, el pariente más próximo no siempre excluye al más remoto, sino que éste entra á compartir con aquél la herencia, colocándose para ello, por ficción de la ley, en el grado que al efecto necesita.

Hay, pues, herederos legítimos que suceden por derecho propio y otros que suceden por derecho de representación. Los primeros son aquellos á quienes desde luego corresponde la herencia por pertenecer á un orden preferente y hallarse dentro de él en el grado más próximo. Los segundos son aquellos que, perteneciendo al mismo orden llamado á suceder, pero hallándose en un grado más remoto, ocupan el lugar ó grado de un ascendiente suyo, y como si fuese él mismo, adquieren los derechos que hubieran á dicho ascendiente correspondido en la sucesión. Como dice Laurent, el representante, por razón de su

grado de parentesco, hubiera sido excluído por un pariente más próximo; pero la representación le faculta para subir al mismo grado que ese pariente, tomando el lugar de su padre ó de otro ascendiente.

El derecho de representación, aunque quebranta el rigor de los principios, se funda en la misma naturaleza humana, obedeciendo, como toda la materia de la sucesión abintestato, á la presunta voluntad del causante. Los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió; el cariño inmenso que hacia éste sintió, y que transcendía á aquéllos, se concentra en los mismos cuando la muerte le arrebata al hijo, y se resigna con tan irreparable desgracia. En su afección se equiparan los hijos que aun viven con los nietos que quedaron huérfanos, y esto que, aunque en menor escala, tienen también lugar respecto á un hermano con los hijos de sus hermanos, es lo que viene á establecer la ley, mediante el derecho de representación. Con razón dice Treilhard, que la ley que excluyese la representación en línea directa descendente, sería una ley impía y contraria á la naturaleza.

Mas la ley no puede ir más allá que la misma voluntad que fielmente procura reflejar. Por eso el art. 925 otorga el derecho de representación en la línea recta descendente siempre, y en la colateral sólo en favor de los hijos de hermanos, cuando concurren con sus tíos, sin concederle mayor extensión.

Excepción el derecho de representación de las reglas que imperan en materia de sucesión legítima, no es posible concederlo á más personas, ni en más casos, de los taxativamente marcados en la ley. No ya fuera de la materia de sucesión, ni aun dentro de ella cabe interpretar extensivamente los preceptos legales. Hemos aplicado varias veces este principio, y señaladamente en los arts. 811 y 812.

La ley define primero el derecho de representación (art. 924); indica después su extensión (arts. 925 y 927); determina las reglas generales para la división de la herencia siempre que se hereda por representación (art. 926); resuelve en el 928 un caso

que pudiera parecer dudoso, y marca, por último, los casos únicos en que puede representarse á una persona viva (art. 929).

ARTÍCULO 924

Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar.

En nuestro antiguo derecho no se define la representación, aunque se acepta. La ley 3.ª, tít. 13, Partida 6.ª, llama á la herencia intestada, en unión con el hijo, al nieto, hijo de otro hijo que murió. «E non empesce al nieto porque el tío es mas propinco del defunto; porque aquella regla de derecho que dize: que el que es mas propinco de aquel que finó sin testamento, deue auer los bienes dél, ha logar quando el finado non dexa ningun parientes de los descendientes. Otrosi dezimos, que si estos nietos fuessen muchos nacidos de vn padre, todos heredaran en logar del padre con el tío, é auran aquella parte de los bienes del auelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento é fincase vn nieto de vn su fijo que fuesse ya muerto, é de otro fijo que fuesse ya finado le fincassen tres nietos ó más, este vno solo tanta parte aurá en la heredad del auelo, como todos los otros sus primos, porque pocos ó muchos que sean, fincan en logar de su padre, é heredan todo lo que heredarían si biuiesse.»

Según el art. 739 del Código francés, la representación es una ficción de la ley, cuyo efecto es hacer entrar á los representantes en el lugar, en el grado y en los derechos del representado. El uso de las palabras *representantes* y *representado*, *lugar* y *grado;* el definir el derecho como una *ficción* de la ley, y el suponer que el representante entra en los derechos del representado, siendo así que éste no llegó nunca á tenerlos, constituyen otros tantos defectos que se han señalado á la definición.

Los Códigos hispano-americanos consideran á la representación, unos como una ficción legal, otros como un derecho.

Consideran como mera ficción jurídica el de Bolivia (artículo 598) que define á la representación como la ficción de ley por la que entran los descendientes más remotos á ocupar el lugar, grado y derechos de sus padres difuntos, precepto que la doctrina sentada por la Corte de Casación de Bolivia hubo de aclarar, estableciendo que el derecho de representación en ningún caso puede confundirse con el de sucesión simple ó herencia común, *siendo la representación* una ficción de ley, por lo que el más lejano descendiente se pone en lugar del más próximo.

Chile, Colombia, Ecuador y el de la República del Salvador, en la enumeración de los caracteres que integran la representación, afirman que la representación es una *ficción legal* en que se supone que una persona tiene el lugar, y por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre ó madre, si *éste* ó *ésta* no quisiese ó no pudiese suceder; añadiendo después, se puede representar á un padre ó madre, que si hubiese querido ó podido suceder, habría sucedido por derecho de representación (arts. 984 del Código de Chile 1041 del de Colombia, 974 del Ecuador y 989 del Salvador).

No cabe duda que esta definición, aún fundada en la del Código francés, la aclara y completa y borra sus defectos.

Los Códigos de Honduras, República Argentina y Méjico, definen la representación como un derecho. Honduras, en su artículo 1058, copia literalmente el precepto de nuestro Código; la Argentina en su art. 3549 considera á la representación como el *derecho* por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre ó madre en la familia del difunto, á fin de suceder juntos en su lugar á la misma parte de la herencia, á la cual el padre ó la madre habrían sucedido, y el de Méjico (art. 3583), que casi concuerda literalmente con el artículo de nuestro Código, objeto de este comentario.

El Código de la República del Uruguay define á la representación como una *disposición* de la ley, por la que una persona es

considerada en el lugar, y por consiguiente, en el grado y con los derechos del pariente más próximo que no quisiere ó no pudiese suceder, pudiéndose, añade, representar al que si hubiese querido ó podido suceder, habría sucedido por derecho de representación (art. 993).

Prescinden de su definición los Códigos de Guatemala y el Perú, los cuales, en sus arts. 759 y 664 respectivamente, se constriñen á manifestar que los hijos representan á sus padres que han fallecido y gozan de los mismos derechos y acciones que éstos tendrían si vivieren.

Ultimamente, el Código de los Estados Unidos de Venezuela (art. 736), no expresa si la representación es una ficción legal, una disposición de ley ó un derecho, considera solamente el efecto que produce, y desde este punto de vista dice que la representación tiene por efecto hacer entrar á los representantes en el lugar y en los derechos que correspondían ó habrían correspondido á los representados.

Nuestro Código expresa la misma idea que todos con estas palabras: «Llámase derecho de representación, el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviese ó hubiera podido heredar.»

Examinemos esta definición, que desde luego no se pretende que sea perfecta, y no ha de faltar quien encuentre motivos para criticarla.

Es desde luego la representación *un derecho* concedido por la ley á determinados parientes. Estos parientes son siempre descendientes de la persona á quien representan, lo que permite precisar más el sujeto de ese derecho.

No nos parece mal que se haya abandonado la frase «ficción de la ley». Es desde luego cierto que la representación finge lo que no existe, supone lo que es contrario á la realidad, al llamar al representante á una sucesión bajo la base falsr de ocupar un grado de parentesco que en realidad no le corresponde. La representación no sería una ficción si se reconociese que, aun dentro de su grado, ciertos descendientes tienen el derecho de su-

ceder en la herencia, en concurrencia con otros parientes de grado más próximo; pero ese derecho no lo concede la ley porque exista un derecho propio, sino porque esos descendientes representan á parientes del grado llamado por la ley á la sucesión. La palabra *ficción* no estaría, por lo tanto, mal empleada, porque expresa una verdad de hecho; pero no es necesaria. La representación consentida y ordenada por la ley, es un derecho, aunque se funde en una ficción, y en tal sentido se halla bien definido en el art. 924.

Pero aunque la representación sea un derecho, esto no significa en modo alguno que el representante suceda en la herencia de que se trate *por derecho propio*. Sucede, por concederle la ley el grado de parentesco que necesita para heredar; por fingirse que toma ó adquiere de un ascendiente el grado que éste tenía; por venir á la sucesión en el lugar ó representación de un ascendiente. Véanse los arts. 923, 932 y 933, que claramente separan la sucesión por propio derecho, de la sucesión por representación.

Continuando el examen de la definición, ¿cuál es el efecto que se atribuye á ese derecho, concedido por la ley, á los parientes de una persona? «El de *sucederle* en todos los derechos que ésta tendría si viviera ó hubiera podido heredar».

La persona de que habla el art. 924 es indudablemente el representado. A éste, según él, *sucede* en todos los derechos que en su caso tendría, el representante, pariente ó descendiente á quien la ley concede la facultad de representar. El caso se presta á confusión, porque representar no es suceder con relación á la persona representada, ya que propiamente el representante no sucede al representado, y si equivale á suceder, es con relación á la persona de cuya sucesión se trata, á la que en efecto sucede el representante como si fuese el mismo representado. Por otra parte, no cabe suceder en derechos que no han llegado á existir ni á adquirirse por el representado á quien se afirma se sucede.

Es necesario suponer, para entender ó admitir esa palabra

de la ley, que existe en el representado un grado de parentesco que le confería una sucesión si viviese y pudiese heredar, y que al morir ó ser incapaz sucede en ese grado, adquiriéndolo como propio el representante, y valiéndose de él, obtiene los derechos hereditarios que al representado hubieran correspondido á no existir aquella muerte ó incapacidad.

Las últimas palabras del artículo dan á la representación una extensión que no todos los códigos le reconocen. Venía admitiéndose el principio de que nunca podía representarse á una persona viva. Nuestro Código no ha creído justo sostener el rigor de este principio en los casos de desheredación é incapacidad, y de aquí los preceptos de los artículos 761, 857 y 929, y las palabras «ó hubiera podido heredar» del 924. La ley admite la representación, lo mismo en el caso de que el representado hubiese muerto, que en el de que, viviendo, no hubiera podido heredad. Explanaremos estas ideas al comentar el art. 929.

Otros Códigos, como los de Chile, Colombia, Ecuador, Salvador, Veracruz, Uruguay y República Argentina, van aún más allá que el nuestro, permitiendo también representar á una persona viva, en caso de no querer ésta heredar ó de renunciar la herencia.



Para mejor comprensión de la idea de la representación, desarrollaremos el precepto de este artículo, señalando claramente los efectos que el derecho produce, y partiendo de la base de haber de suponerse siempre tres personas: el causante de la herencia, un pariente á quien correspondería suceder si viviese ó pudiese heredar, y un descendiente de ese pariente, que, representándole, es el que obtiene la sucesión.

Pues bien: en todos los casos en que la representación se admite, produce los dos importantes efectos siguientes:

Primero.—Colocar á un pariente, de grado más remoto que el llamado á la sucesión, en el grado que necesita para heredar, esto es, hacerle subir lo necesario para ser llamado á la heren-

cia. Así, en la sucesión del abuelo, el hijo está en primer grado de parentesco, y el nieto en segundo; el hijo debía excluir al nieto por su mayor proximidad; pero la ley le permite representar á su padre, muerto, desheredado ó incapaz, y tomar su grado, con lo cual queda igualado con los otros hijos y es llamado con ellos á la sucesión.

Segundo.—El representante único ó el grupo de representantes ocupan el lugar del representado, por lo que, si son varios, heredan entre todos ellos lo que hubiera heredado su representado si hubiera vivido ó podido heredar. Si en vez de un nieto, existen varios, todos descendientes de un solo hijo, entre todos representan á su padre, por lo que todos ellos sólo pueden recibir en la herencia la porción que á su padre hubiera correspondido. Esto explica la razón de heredar por representación los descendientes en el caso del art. 933, en el que todos están en un mismo grado.

Bien entendida la doctrina del art. 924, resulta además:

1.º Que la representación es un derecho concedido *por la ley*, ó lo que es lo mismo, que el representante recibe su derecho, no del representado por voluntad de éste, sino de la ley, que prescinde en absoluto de esa voluntad.

2.º Que en virtud de la representación, el representante sucede, no al representado, sino á otra persona.

De aquí se deducen varias consecuencias importantes:

a) En primer lugar, el hijo que ha renunciado la herencia de su padre, no por eso pierde el derecho de representarle en la herencia del abuelo ó en la herencia de su tío, principio consagrado en el art. 928, y que no sería admisible si el representante recibiese su derecho del representado.

b) En segundo lugar, el biznieto puede ser llamado á la herencia de su bisabuelo, aun cuando no estuviese ni aun concebido al ocurrir la muerte de su abuelo, á quien en definitiva venga á representar en la sucesión.

c) En tercer lugar, el hijo excluído como indigno en la herencia de su padre, por una causa que sólo con el mismo hace

relación, puede aun representarle en la herencia del abuelo con relación al cual no fuese indigno.

d) En cuarto lugar, puesto que el representante *sucede*, ha de tener las cualidades requeridas para suceder, y ha de tener las facultades de todo sucesor. Si el representante es incapaz ó indigno con relación al difunto, ó fué por éste desheredado, será excluído de la sucesión. Al ser llamado á la herencia, puede renunciarla ó aceptar á beneficio de inventario.

e) En quinto lugar, el representante, al ocupar el lugar del representado, sucede al causante, no sólo en todos los derechos que á dicho representado hubieran correspondido si hubiese vivido y podido heredar, sino también en todas las obligaciones. Le alcanza, pues, el deber de colacionar lo que en vida hubiera recibido el representado, y la obligación de pagar las deudas hereditarias ó testamentarias.

Pero entiéndase bien; sucede al causante, no al representado. En esta distinción se funda la sentencia del Tribunal Supremo, de 21-25 de Junio de 1905, para sentar la importante doctrina siguiente: «El derecho de representación que la ley otorga á los descendientes respecto á su ascendiente; cuando concurren como herederos en unión de otros parientes, no significa que dicha representación tenga por objeto atribuir á la herencia de que se trata la condición de herencia *del representado*, sino únicamente el determinar la base de los derechos de los representantes con relación *á aquel á quien se hereda*, viniendo á explicar el verdadero concepto y único alcance de tal derecho el artículo 926 del Código civil, que en armonía con la antigua legislación marca su cualidad característica en la división de la herencia por estirpes, de modo que el representante no herede más de lo que heredaría su representado si viviera ó hubiera podido heredar; en cuyo sentido puede decirse que los hijos, aun en representación de la persona del padre ejercitan derechos propios; pero sin que los bienes heredados del ascendiente común, fallecido después que el padre, se hallen afectos por disposición legal alguna á las obligaciones contraídas por éste, ni

tengan consiguientemente que responder los hijos de las deudas del padre» por el hecho de representarle, pues tal obligación sólo puede alcanzarles cuando directamente le hereden, y con relación á los bienes de él procedentes si la aceptación de esta herencia se hace á beneficio de inventario.

El que hereda por representación responde de las deudas hereditarias ó testamentarias de aquel á quien hereda, pero no de las del representado cuya sucesión es independiente. A esta conclusión no se opone, como también declara la expresada sentencia, lo dispuesto en el art. 1038 del Código, «ya que la obligación que impone á los nietos de colacionar todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, cuando en representación de éste hereden al abuelo, concurriendo con sus tíos ó primos, responde únicamente á la necesidad de integrar el haber hereditario, para su debida división entre los partícipes.»

La representación puede hacer subir al representante varios grados; pero no tiene lugar por salto. Así el nieto no representa *directamente* al abuelo, sino al padre, y el padre al abuelo, de modo que si el padre hubiese renunciado la herencia del bisabuelo, el nieto no podría heredar, suponiendo que representaba al abuelo.

ARTÍCULO 925

El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado.

Este artículo fija la extensión del derecho de representación, determinando cuándo se admite legalmente.

Se acepta la doctrina contenida sobre el particular en las leyes 3.ª, 4.ª y 5.ª del tít. 13 de la Partida 6.ª Antes de estas leyes, el derecho de representación no era tampoco admitido en la línea recta ascendente, como puede verse consultando las leyes

2.ª y 6.ª, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, y la 1.ª, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real; pero esto no puede extrañarse, porque de las mismas leyes se deduce que ese derecho, reconocido sólo en la línea recta descendente por la ley 7.ª, título y libro citados del Fuero Real, no era admitido ni aun en favor de los nietos por el Fuero Juzgo, lo cual está conforme con el poco favor con que siempre miraron los pueblos germanos el derecho de representación, que aun hoy no es admitido en Vizcaya con arreglo á su Fuero.

Examinaremos el art. 925 con relación á cada uno de los grupos de parientes á que se refiere.

A) *Ascendientes.*—En la línea ascendente no tiene lugar nunca el derecho de representación.

Laurent expresa el motivo de este precepto en la forma siguiente: «La afección, como los ríos, desciende: no asciende jamás. La ancianidad vuela hacia la infancia como si ansiara disfrutar un nuevo manantial de vida; el niño, en cambio, aunque acepte las caricias del anciano, no se une verdaderamente á él; el abuelo no reemplaza en su corazón al padre ó á la madre que tuvo la desgracia de perder. Es ley de la naturaleza que el legislador debe respetar, y como la representación se funda en la voluntad presunta del difunto, no puede admitirse para los ascendientes.»

El padre no puede, pues, representar al hijo en la sucesión del abuelo, ni el abuelo al nieto en la sucesión del bisabuelo: la representación no tiene lugar en la línea ascendente.

B) *Descendientes.*—En cambio, en la línea recta descendente la representación tiene lugar hasta el infinito, lo cual está enteramente conforme con el fundamento asignado á ese derecho.

El hijo representa á su padre en la sucesión del abuelo; el nieto, por la mediación de su mismo padre, representa al abuelo en la sucesión del bisabuelo, y así sucesivamente.

Según el art. 740 del Código francés, cuya doctrina es aplicable al nuestro con leves modificaciones, la representación en la línea recta descendente tiene lugar en tres casos:

1.º Cuando concurren hijos con nietos, hijos éstos de otro hijo ya fallecido ó que no pudo heredar, ó descendientes de primer grado con descendientes de segundo grado.

2.º Cuando todos los hijos han muerto ó no pueden heredar, y existen descendientes de grados diversos (nietos con biznietos, etc.).

3.º Cuando muertos los hijos, quedan descendientes, todos de un mismo grado (sólo nietos ó sólo biznietos), pues aun en este caso esos descendientes heredan, con arreglo al art. 933, por derecho de representación.

C) *Colaterales.*—Sólo tiene lugar el derecho de representación en favor de los hijos de hermano, sean ó no de doble vínculo.

La palabra *hijos* se usa en este artículo en su sentido propio: el hijo del hermano representa al hermano; el nieto del hermano ya no disfruta el derecho de representación. En este punto, nuestro Código se separa de la doctrina del de Napoleón y otros, que admite la representación en la línea colateral en favor de los hijos y demás descendientes de los hermanos ó hermanas difuntos.

Del art. 927 resulta otra limitación. A los hijos de los hermanos sólo se extiende el derecho de representación, cuando concurren á la herencia con sus tíos, hermanos de su padre ó madre; pero no cuando sólo concurren sobrinos ó hijos de los hermanos.

La limitación impuesta por nuestro Código al derecho de representación en la línea colateral, resulta fundada. No debe extenderse más allá de los hijos de hermanos, porque tampoco es lo más natural que vaya más allá la voluntad presunta del difunto. Tampoco sería conveniente, por la confusión que originaría en la sucesión la extremada subdivisión que produciría en la propiedad y los pleitos á que daría lugar.

Aunque parezca raro, se ha suscitado y llevado al Tribunal Supremo la cuestión de si el Código en su art. 925 se refiere á los hijos de los hermanos del causante, ó á los hijos de los her-

manos del heredero. Como es natural, se ha declarado en sentencia de 1.° de Marzo de 1902, que el parentesco ha de computarse siempre con relación al finado ó persona á quien se hereda, y por tanto, que el derecho de representación, con arreglo al artículo 925, no puede admitirse más allá del tercer grado. Claramente se deduce así del art. 927, si racionalmente pudiera existir duda en esta cuestión.

Hijos y hermanos naturales.—Después de leer el art. 925, queda en el ánimo la duda de si sus preceptos son aplicables á la descendencia legítima, al menos, de los hijos naturales, y á los hijos de un hermano natural.

Sabemos que la familia legítima es en el Código la regla, y la familia natural la excepción; y que, por lo mismo, cuando la ley habla sólo de ascendientes, descendientes, hermanos, etc., se refiere á los legítimos ó legitimados por el matrimonio, y cuando quiere referirse á los descendientes, ascendientes ó hermanos naturales ó ilegítimos, añade el calificativo correspondiente. Así lo prueban multitud de artículos.

Cabe, es cierto, prescindir en el art. 925 de la persona del causante, y refiriéndose sólo á la línea recta descendente del representado, deducir que tanto el hijo natural como el hermano natural, pueden obtener representación, si bien sólo es tal representación admisible por la descendencia legítima de aquél ó los hijos legítimos de éste. Es la doctrina del Código de Chile, que desde luego es muy aceptable.

Pero el artículo no puede interpretarse de ese modo, porque es aplicar sólo á medias el principio antes expuesto. Si la ley, al no emplear el calificativo de *natural*, se refiere á la familia legítima, en el art. 925 no entra ningún pariente natural. Al hablarse de línea recta descendente, no puede hacerse partir ésta del representado, sino del causante; porque si de éste se prescindiera, el precepto resultaría aplicable á todo heredero con descendencia, y es evidente que sólo á los hijos y descendientes del causante se concede. Del mismo modo, en el último párrafo, si sobreentendemos que la palabra *hermanos* se refiere

á los legítimos, no cabe admitir la representación de un hermano natural, ni por sus hijos naturales, ni por sus hijos legítimos.

Para la representación del hijo ó del hermano legítimo por descendientes ó hijos naturales, media otro obstáculo: el del artículo 943, que prohibe suceder entre sí á los parientes legítimos y naturales. Hay que buscar, por lo tanto, fuera del artículo 925, y en otros que se refieran á la familia natural, lo que en este lugar no resulta, y en efecto, el art. 940 resuelve en parte la cuestión que volverá á presentársenos al comentar el 945.

La no admisión del derecho de representación en la línea recta ascendente, y su admisión hasta el infinito en la línea recta descendente, es un principio reconocido en todas las legislaciones.

Concordancias.—Los Códigos de Francia, Bégica é Italia, aceptando la doctrina de la Novela 118 de Justiniano, admiten el derecho de representación en favor de la línea recta descendente sin limitación alguna.

Siguen la doctrina de nuestro Código, que, como hemos dicho, es un principio jurídico universal; el Código de la Argentina en sus arts. 3559 y 3560; Bolivia en el 599, que establece que la representación tiene lugar hasta lo infinito en la línea directa de descendientes, agregando en el art. 600 que la representación no tiene lugar á favor de los ascendientes; Chile (artículo 986), Colombia (1043), Ecuador (976) y el del Salvador (art. 991), que disponen clara y determinadamente que hay siempre lugar á la representación en la descendencia legítima de sus hijos ó hermanos naturales. Fuera de estas descendencias no hay lugar á la representación, añadiendo el del Salvador en su segundo párrafo del artículo citado, que en la línea colateral sólo tiene lugar la representación en favor de los hijos y nietos legítimos, ó ilegítimos uterinos del difunto, aunque no concurran con sus tíos.

Guatemala (art. 762), lacónicamente afirma que no hay re-

presentación entre los ascendientes; y más al por menor, por lo que se refiere á la línea colateral, establece (art. 763) que en esta línea sólo hay representación para que al heredar á un hermano, se cuente entre los hermanos sobrevivientes á otro que antes murió, dejando hijos, los cuales vienen á recibir la parte de la herencia que le habría correspondido si viviese. Honduras (art. 1059), sigue fielmente al Código español; Costa Rica (artículo 574), refleja la misma doctrina; Méjico (arts. 3583 y 3584), con ligera modificación de palabras, concuerda con el artículo de nuestro Código; Perú (arts. 646 y 647), se inspira en las disposiciones del de Guatemala antes expuestas; Uruguay, aun cuando más definidos sus preceptos, son idénticos á los principios generales que regulan la representación en la línea colateral (arts. 994 á 996), y Venezuela, que establece (art. 778) entre los ascendientes no hay representación: el más próximo excluye al más remoto; y con respecto á la línea colateral, admite la representación en favor de los hijos de los hermanos y de las hermanas del difunto, concurran ó no con sus tíos.

ARTÍCULO 926

Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante ó representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera.

Véase en el art. 924, la ley 3.ª, tít. 13, Partida 6.ª, y en el 927, la ley 5.ª del mismo título y Partida, como precedentes.

Lo mismo establecía la ley 7.ª, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real: «Si el muerto dexare nietos que hayan derecho de heredar, quier sea de fijo, quier de fija, é hobiere más nietos del un fijo que del otro, todos los nietos de parte de un fijo hereden aquella parte que heredara su padre si fuesse vivo, é no más; é los otros nietos del padre del otro fijo, maguer sean más pocos, hereden todos lo que su padre heredaría».

Señala el art. 926 uno de los efectos principales y naturales del derecho de representación.

El precepto es claro. Las palabras *división por estirpes*, las explica la ley: el representante ó representantes sólo heredan lo que heredaría su padre si viviese ó hubiese podido heredar. La ley finge que el representado ha sobrevivido al causante que ha recogido su parte en la herencia, y que esa parte se ha transmitido á sus descendientes legítimos.

La división de la herencia, en virtud del derecho de representación, admite una nueva forma: la división por estirpes.

Las formas de división son tres: por líneas, por cabezas y por estirpes.

A) *División por líneas.*—En ella se atiende al parentesco del heredero con el padre ó la madre del causante. Son parientes de la línea paterna, los que tiene una persona con relación á su padre; y parientes de la línea materna, los que existen con relación á su madre, constituyendo la serie de aquéllos la línea paterna, y la serie de éstos la línea materna.

Importantísima esta forma de división en otros tiempos, y aún hoy en aquellas regiones en que impera el sistema de troncalidad, y en algunas legislaciones, como la francesa, es mirada con poco favor en los Códigos modernos.

El nuestro sólo admite la división por líneas al llamar á la sucesión á los ascendientes del segundo grado en adelante. La herencia se divide en dos porciones iguales, correspondiendo una de ellas á los ascendientes por parte del padre, y la otra á los ascendientes por parte de madre, sean las que fueren las personas que figuren en cada línea, pero respetando siempre la proximidad de grado.

Véanse los arts. 810, 937, 920 y 811.

B) *División por cabezas.*—En esta división los bienes de la herencia se dividen en tantas partes iguales como personas son llamadas á la sucesión. Si heredan tres hijos, cada uno de ellos recibirá una tercera parte; si hay cuatro hijos, una cuarta parte, y así sucesivamente.

La división por cabezas es la regla general (art. 921), y por tanto, tiene lugar siempre que no proceda la división por líneas ó por estirpes. Aun en estos casos, dentro de cada línea ó de cada estirpe, la división se hace por cabezas ó por partes iguales.

C) *División por estirpes.*—Es á la que alude el art. 926. Estirpe es la serie de parientes que representan á una sola persona en la sucesión; el descendiente ó grupo de descendientes de hijos ó de hermanos que han de contarse como una sola cabeza en la división.

A la herencia del padre son llamados sus hijos. Si alguno d éstos hubiese fallecido dejando á su vez hijos, nietos del causan te, el grupo que éstos constituyen, forma una unidad á los efectos de la división, y entre todos heredan lo que hubiera heredado su padre si hubiera vivido ó podido heredar. A su vez, si alguno de esos nietos hubiese muerto ó no hubiera podido heredar, dejando hijos, biznietos del causante, éstos constituyen otro grupo ó rama secundaria, que entre todos representan á su padre respectivo y reciben la parte que á éste hubiera correspondido en la sucesión. Entre todos los descendientes de uno solo de los hijos, cualquiera que sea su grado y su número, constituyen una estirpe, representando siempre los que están en un mismo grado á su padre respectivo.

Aplicaremos estos principios en los arts. 933, 934, 940, 941, 948 y 951.

La división por estirpes tiene lugar, como dice el art. 926, siempre que se hereda por representación.

Esta forma de división, lógica y natural, dado el fundamento del derecho de representación, evita todo perjuicio á los herederos llamados á la herencia, como más próximos en grado, por derecho propio. Si la división se hiciese por cabezas, como al representado es lo normal que sustituyan varios representantes, á medida que éstos se aumentasen disminuiría la porción correspondiente á dichos herederos por derecho propio, lo cual envolvería una doble injusticia. La muerte del representado no debe perjudicar á los representantes, pero tampoco debe beneficiarlos;

del mismo modo no debe beneficiar á los herederos por derecho propio, pero tampoco perjudicarles. Así, puesto que el grupo de representantes sustituye á una sola persona, el representado, sólo la parte que á éste hubiera correspondido pueden aquéllos recibir, ni podrían aspirar á más, aun en el caso de que el representado hubiera sobrevivido al causante. A su vez los herederos por derecho propio toman la misma proporción concurriendo con hermanos que concurriendo con sobrinos; esto es, que la muerte ó incapacidad de sus coherederos de igual grado no influye en su respectiva participación.

Pero si tal forma de división es lógica, natural y justa cuando concurren los hijos con los nietos á la sucesión, ó los hermanos con los sobrinos, no resulta en cambio conforme con el fundamento del derecho de representación cuando sólo concurren descendientes todos de un mismo grado, por ejemplo, solamente nietos. Por una parte, ningún hijo ó pariente de grado más próximo puede sufrir perjuicio por la diferencia numérica de descendientes de cada rama, y por otra ha de suponerse que el abuelo quiere por igual á todos sus nietos, y no prefiere al que esté sólo en una estirpe sobre los que sean muchos. En este caso sería más justa la división por cabezas y por iguales partes. Véanse los arts. 933 y 927.

Concordancias.—Concuerda el presente artículo con el 743 de los Códigos de Francia y Bélgica, 733 del de Italia y 1983 y 1984 del de Portugal.

Los Códigos hispano-americanos, salvo ligeras variantes, establecen análogo precepto.

Argentina sienta el principio general de que la representación, en el caso de ser admitida, lleva consigo la división de la herencia por estirpes, aclarando que si ésta ha producido muchas ramas, la subdivisión se hace también por estirpes en cada rama y los miembros de la misma rama (art. 3563).

Bolivia carece de disposición concordante. Chile, Colombia, Ecuador y Salvador (arts. 985, 1042, 975 y 990 respectivamente).

Asientan también este principio, y más al por menor expresan, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre ó madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre ó madre representado.

Guatemala, art. 951, también reconoce este elemento de división de la herencia. Honduras, como reiteradamente se ha dicho, copia literalmente el Código español (art. 1060). En el mismo criterio se inspira el art. 576 de Costa Rica. Méjico concuerda, si no en su letra, en espíritu en sus arts. 3586 y 3583.

Perú carece de precepto concordante expreso. Uruguay, artículo 998, sigue en un todo á los de los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y República del Salvador, antes citados, y Venezuela, art. 720, guarda estrecha armonía con la doctrina ya expuesta del Código de la Argentina.

ARTÍCULO 927

Quedando hijos de uno ó más hermanos del difunto, heredarán á éste por representación si concurren con sus tíos. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales.

Resuelve este artículo una duda que no creemos fundada, porque el criterio de la ley española parece haber sido siempre el mismo.

En el Fuero Juzgo y en el Fuero Real pueden consultarse respectivamente la ley 8.ª, tít. 2.º, libro 4.º, y la ley 13, tít. 6.º, libro 3.º Como los hermanos eran preferidos siempre á los sobrinos por su mayor proximidad de grado, dichos sobrinos no era lógico que heredasen nunca por representación.

La ley 5.ª, tít. 13, Partida 6.ª, decía sobre este particular: «E decimos que si alguno que assi muriesse sin testamento, non ouiesse de los parientes que suben ó descienden por la liña derecha, é ouiesse hermano ó hermana de padre ó de madre, é sobrino fijo de tal hermano ó de tal hermana que fuesse ya muerto, que el hermano ó el sobrino heredaran los bienes de tal de-

functo egualmente; é maguer sean los sobrinos dos ó más, nascidos de un hermano ó hermana, non auran más de la meytad de la heredad, é partirla han ellos entre sí por cabezas egualmente. Mas si éste que muriesse sin testamento, non auiendo ascendientes nin descendientes, ouiesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente.»

Según esta ley, al quedar *un* hermano y varios sobrinos, hijos de *otro* hermano, estos sobrinos heredaban entre todos la mitad; luego sucedían por representación; y al quedar sólo sobrinos, heredaban partiendo por iguales partes, no procediendo aquel derecho.

Dudóse, sin embargo, y la ley 8.ª de Toro, queriendo fijar el precepto legal, determinó lo siguiente: «Mandamos que sucedan los sobrinos *con* los tíos, abintestato, á sus tíos *in stirpem* y no *in capita*».

Téngase presente que, con arreglo al Fuero Real, los sobrinos no heredaban con sus tíos: de modo que la ley 8.ª de Toro dió preferencia á las Partidas, y con toda concisión aclaró su texto, mas sin decir una palabra sobre el modo de suceder cuando lo sobrinos concurriesen solos á la herencia, tal vez por juzgar que en esta parte no debía haber cuestión, pues el Fuero Real y las Partidas establecían la división por partes iguales ó cabezas.

Sin embargo, algunos comentaristas, entre ellos el insigne Pacheco, engañados por el alcance y efectos lógicos del derecho de representación, creyeron que dicha ley quería decir que los sobrinos sucediesen siempre por estirpes, ya concurriesen solos ó con sus tíos á la herencia. Prevaleció en la práctica la opinión contraria, más conforme sin duda con el texto legal, y resulta aplicada en la sentencia de 13 de Diciembre de 1877.

Esta misma doctrina se establece con claridad en el artículo 927, que en este punto se separa de lo que disponía el art. 756 del proyecto de Código de 1851. Y aún hay autor que duda so-

bre el alcance del precepto. Podrá tacharse la solución de poco lógica, partiendo de ideas preconcebidas y arraigadas, más ó menos exactas; pero no se la puede tachar de injusta.

Todos los sobrinos debe presumirse que merecen igual predilección del causante, y todos deben en justicia heredar por partes iguales. Compréndese que al quedar hermanos sólo hereden los sobrinos por representación; mas cuando no hay hermanos, á nadie se perjudica. Lo injusto sería que al quedar diez sobrinos de una sola rama y uno solamente de otra, éste percibiese íntegra la mitad de la herencia, y cada uno de aquéllos una vigésima parte.

Ni es en verdad tampoco ilógica la solución. Ciertamente no se concibe que se herede por representación, y que los representantes tomen una parte mayor ni menor de la que á su representado hubiera correspondido si hubiese vivido ó podido heredar. Pero al negar el art. 927 que los sobrinos, cuando concurren solos ó sin sus tíos á la sucesión, dividan la herencia por estirpes, niegan en realidad á los sobrinos en ese caso el derecho de representación, poniendo ese límite al último párrafo del artículo 925. El derecho de representación en la línea colateral se concede sólo en favor de los *hijos* de hermanos, y cuando concurren con algún tío, hermano de su padre ó madre, á la sucesión. No existe en favor de otros descendientes, no existe tampoco en favor de los hijos cuando concurren solos á heredar.

Podrá objetarse que si es así, y en tal caso los sobrinos suceden por derecho propio, no deben tener preferencia sobre los tíos del causante que están en igual grado de parentesco, pues ha de aplicarse estrictamente al art. 921. Mas tampoco esto es cierto: la ley establece ciertos órdenes de suceder, y hasta agotar cada uno de ellos no es llamado el siguiente; los hermanos ó hijos de hermanos suceden con preferencia á los demás colaterales y al cónyuge, sin necesidad en los últimos (hijos de hermanos) del derecho de representación. Lo confirman expresamente los arts. 952 y 954 en relación con el que examinamos.

Nos referimos al comentario del art. 925, donde se contienen

las únicas explicaciones que requiere el 927, el cual creemos no ha de ofrecer duda alguna en la práctica. Haremos su aplicación al tratar de la sucesión de los hermanos y sobrinos.

Concordancias.—En la generalidad de los Códigos extranjeros domina un criterio opuesto al art. 927 de nuestro derecho: Los sobrinos heredan por estirpes, concurran solos ó con sus tíos á la sucesión, salvo el Código portugués que contiene el mismo principio aceptado por nuestro Código.

En los Códigos hispano-americanos se sustenta diversa doctrina. Argentina reconoce la doctrina pura de la representación entre los sobrinos, ya estén solos y en igualdad de grados, y ya concurran con sus tíos (art. 3561). Bolivia únicamente admite la representación en la línea colateral en favor de los hijos de los hermanos cuando vienen á la sucesión con sus tíos (art. 601). Chile, Colombia, Ecuador y el del Salvador no contienen precepto concordante, aun cuando sus disposiciones generales sean contrarias al principio contenido en el art. 927 del Código patrio. Guatemala, como nuestro derecho tradicional dispone, que en la línea colateral sólo hay representación para que al heredar á un hermano se cuente entre los hermanos sobrevivientes, á otro que antes murió, dejando hijos, los cuales vienen á recibir la parte de herencia que le habría correspondido si viviese (artículo 673). Honduras expresa literalmente nuestro precepto (artículo 1061). Méjico se expresa en los mismos principios que el Código español (art. 3585 y 3586). Perú limítase á sostener la doctrina general de la representación, concurran los sobrinos solos ó con sus tíos (art. 647), con cuyo criterio coincide el del Uruguay, que terminantemente afirma (art. 996) que la representación se verifica, ya sea que los descendientes de los hermanos estén solos, y en igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tíos. Venezuela, como la mayoría de los Códigos hermanos dispone, inspirándose en el mismo criterio opuesto al de nuestro Código, que en la línea colateral la representación se admite en favor de los hijos de los hermanos y de las hermanas del difunto, concurran ó no con sus tíos (art. 719).

ARTÍCULO 928

No se pierde el derecho de representar á una persona por haber renunciado su herencia.

La ley no admite el derecho de representar á una persona que ha renunciado la herencia, como hemos visto en el art. 923.

Pero el supuesto del art. 928 es esencialmente distinto. En la representación, como hemos dicho, hay que considerar tres personas: el causante de la herencia de que se trata, el heredero por derecho propio que le hubiere sucedido, caso de no premorir el causante, y el representante ó representantes de ese heredero por derecho propio, que, poniéndose en el lugar del mismo, reciben la parte de herencia que le hubiera correspondido.

Supone el art. 923 que el heredero por derecho propio ha *sobrevivido* al causante siendo capaz, pero ha renunciado á su herencia, y como á él solamente correspondía el derecho y ha hecho uso de él no aceptándolo, sus hijos ó descendientes no pueden alegar derecho alguno, ni, por tanto, representarle.

Supone, por el contrario, el art. 928, que el heredero por derecho propio ha *premuerto* al causante, y que sus hijos ó descendientes, ó alguno de ellos, han repudiado la herencia de aquél. Como no se trata de esta herencia sino de la del causante, y el representante no va, por tanto, á suceder al representado, sino á ese causante, recibiendo su derecho, no del representado, sino de la ley, aquella renuncia no influye en modo alguno en el derecho de representación. Así se desprende lógicamente de la naturaleza de dicho derecho, y así lo dispone expresamente en evitación de toda duda él art. 928.

Lo mismo disponía el art. 757 del proyecto de Código de 1851, sin que este precepto estuviese expresado en nuestras leyes antiguas.

En cuanto á si el heredero indigno, incapaz ó desheredado, con relación al representado, puede representar á éste en la he-

rencia del causante, respecto al cual no existan los mismos motivos de incapacidad, nada dice expresamente nuestro Código; pero como su capacidad ha de juzgarse con relación al causante, que es á quien sucede, y como el derecho de representación lo recibe de la ley, fácil es deducir que, á falta de todo precepto en contrario, más moral, aunque menos lógico, ese heredero, incapaz ó desheredado en la sucesión del representado, aun puede representarle en la herencia del causante.

Concordancias.—Establecen la misma doctrina que nuestro art. 928. Los Códigos de Francia (art. 744)) é Italia (art. 735). República Argentina afirma en su art. 3552 que se puede representar á aquel cuya sucesión se ha renunciado. Bolivia sostiene principio contrario, niega la representación á la herencia renunciada (art. 602), Chile (art. 987), Colombia (art. 1044), Ecuador (art. 977), Salvador (art. 992), establecen que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, como al que repudió la herencia del difunto. Guatemala sigue la misma doctrina y consiguientemente dice en su art. 765, que por renunciar la herencia de una persona, no se pierde el derecho de representarla para otra sucesión ú otros efectos. Honduras (art. 1062) y Costa Rica (art. 175), marchan al unísono con nuestro derecho.

Méjico concuerda también con nuestro Código, y consigna que se puede representar á aquel cuya sucesión se ha repudiado (art. 3588), concediendo, en el artículo siguiente, que el que repudia la herencia que le corresponde por una línea, no queda por esa razón impedido de aceptar la que le corresponde por otra. Perú, en su art. 650, se inspira en el precepto del Código de Guatemala antes citado. Uruguay, con ligeras modalidades, siguen en su art. 999, la misma doctrina que la de los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y República del Salvador, y últimamente, Venezuela, con su habitual laconismo, dispone que se puede representar la persona cuya sucesión se ha renunciado (art. 722).

ARTÍCULO 929

No podrá representarse á una persona viva sino en los casos de desheredación ó incapacidad.

Dado el fundamento del derecho de representación, la razón principal del mismo es la muerte de un hijo ó de un hermano puesto que la afección del padre ó del hermano se dirige, naturalmente, hacia los desgraciados huérfanos, que, así como ocupan el lugar de sus padres en el corazón del causante, es justo que ocupen también su lugar en la herencia intestada. De aquí el principio admitido en varias legislaciones y en nuestro derecho antiguo: «no puede representarse á una persona viva», como lo ordena también el presente artículo.

Laurent justifica el rigor de este principio. ¿Cómo podrían, dice, reemplazar los nietos á su padre en la afección del abuelo viviendo aún el padre? ¿Cómo han de ocupar un lugar ó grado que al vivir su padre no está vacante? Sin la suposición de premorir el representado, añade, la representación no se concibe.

A pesar de la lógica de este razonamiento, nuestro Código no ha querido sostener en absoluto esa doctrina, porque resultaría muy dura en su aplicación. Sin contradecir el fin y el fundamento de la representación, ha creído que la justicia exigía equiparar el hijo muerto con el hijo desheredado ó el hijo incapaz de suceder, y ha establecido la excepción que contiene el mismo artículo.

La incapacidad para heredar un hermano ó un descendiente, siendo posible su representación, viene á quedar reducida á los casos de indignidad. La indignidad es aplicable al hijo y al hermano; la desheredación sólo puede referirse á los descendientes. El hijo indigno ó desheredado se ha enajenado justamente el cariño de sus padres, ha muerto para ellos; la ley ó la voluntad paterna le privan de la herencia; pero, ¿qué culpa tienen los hijos de ese hijo para ser envueltos en la misma causa de desafección y en el mismo castigo? Antes al contrario, el

abuelo debe quererles aún más, por pesar sobre ellos la desgracia de tener tal padre. Excluirlos de la herencia, equivaldría á considerarlos también como indignos ó como desheredados, á imponer castigo á una posteridad inocente, y por eso nuestro Código, más justo que el Código francés, y siguiendo una doctrina hoy admitida en casi todas las legislaciones, iguala la desheredación y la incapacidad con la muerte, y concede el derecho de representación á los hijos del indigno y del desheredado.

Véanse los arts. 761 y 857, que proclaman la misma doctrina. El 929 le da, no obstante, mayor extensión. Aquellos artículos se refieren sólo á los hijos ó descendientes desheredados ó incapaces. Es cierto que la desheredación sólo á ellos puede alcanzar; pero la incapacidad alcanza también al hermano. Ahora bien: los hijos de los hermanos, cuando concurren con sus tíos á la sucesión, pueden también representar á su padre incapaz ó indigno. El art. 761 recibe mayor extensión.

La representación puede, pues, ejercerse en la sucesión intestada, según el art. 929, sólo en tres casos: en caso de muerte, en caso de incapacidad y en caso de desheredación.

Pero habremos de añadir otro caso, que equivale al de muerte: el del art. 191. La ausencia de una persona no es motivo bastante para admitir el derecho de representación; pero declarada la presunción de su muerte antes del fallecimiento de su padre ó hermano, los hijos de esa persona ocupan su lugar y son llamados á la herencia en su representación. Aun en la sola ausencia, todo depende de que pueda probarse la existencia del ausente en el momento de la adquisición de la herencia. Si esa existencia se prueba, el ausente mismo es el heredero, y las personas nombradas para representarle recibirán en su nombre los bienes ó derechos que le correspondan. Si esa existencia no se prueba, antes de acrecer á los coherederos la parte hereditaria del ausente, con arreglo al art. 196, serán llamados sus hijos ó descendientes por derecho de representación, y de un modo eventual, ó hasta tanto que el ausente vuelva ó se reconozca que vive.

El art. 734 del Código de Italia, y el 3555 del de la República Argentina, se refieren expresamente al caso de ausencia, admitiendo la representación.

La desheredación ha de hacerse en testamento, por lo que á primera vista parece impropio tratar de hijos desheredados en la sucesión intestada, pero téngase presente: 1.º, que el artículo 912 declara que procede dicha sucesión en muchos casos en que existe testamento; 2.º, que las reglas relativas á la representación, como establecidas por la ley, son también aplicables á las legítimas en la sucesión testamentaria; y 3.º, que precisamente en virtud de los arts. 857 y 929, ha de abrirse la sucesión intestada cuando el testador se limita á desheredar, sin llamar á los hijos ó descendientes del desheredado en su representación.



¿Por qué el art. 929, que estamos comentando, no ha incluído entre sus excepciones el caso de repudiación de la herencia? Sin duda porque ya estaba previsto en los arts. 922 y 923. Según estos artículos, cuando son llamados por la ley á la herencia intestada varios parientes de un mismo grado, y alguno de ellos no quiere suceder, la parte del renunciante acrece á los otros del mismo grado, *salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar;* pero si repudian la herencia el único ó todos los parientes más próximos llamados por la ley, «heredarán los del grado siguiente *por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*». De suerte que los hijos del repudiante heredan por derecho propio, y los del desheredado y los del incapaz por derecho de representación, aunque en los tres casos vive la persona representada. ¿Por qué esta diferencia? ¿Es eso justo?

Nuestro Código se atiene al rigor de los principios. En los casos de incapacidad ó desheredación, la ley presume que el pariente no existe á los efectos de la sucesión: ¿por qué no presume lo mismo en caso de renuncia? Porque en aquellos casos

resultaría castigada una posteridad inocente, si se le privara del derecho de representar en la sucesión al padre indigno ó desheredado. En caso de renuncia, las circunstancias son distintas; la ley no puede presumir que no existe un pariente que, dando pruebas de su existencia, se presenta á renunciar el derecho que la misma ley le concede. Se ha hecho uso del derecho, y al ejercitarlo el padre, no es la ley, es el mismo padre el que desposee á sus hijos. Estos ya no pueden representarle en aquella herencia, por que el padre la renunció voluntariamente en uso de su derecho, y nadie puede transmitir lo que no tiene.

Podría esto ser injusto, si con ello se lastimasen derechos adquiridos, ó se alterase el orden de suceder; pero se respeta y deja á salvo el derecho que corresponda á los demás parientes, según la línea y grado á que pertenezcan. Estos parientes que, en el caso del art. 923, han de ser necesariamente del grado inmediatamente inferior al del renunciante, bien de la línea descendente ó de la colateral, en rigor de derecho no pueden ostentar la representación del que ha repudiado la herencia, y por esto se ordena en el mismo artículo que *heredarán por su propio derecho*.

Como consecuencia necesaria no procede la división por estirpes, que es, digámoslo así, sólo una derivación racional del derecho de representación. No se oponen en nada los preceptos de los arts. 923 y 929 á lo establecido en los 921 y 922, los cuales, si bien dejan siempre á salvo el derecho de representación, es únicamente en los casos en que tal derecho proceda ó deba tener lugar.

Las consecuencias de la doctrina del artículo que comentamos en relación con el 923, se patentizan con los siguientes ejemplos:

Muere P. intestado dejando tres hijos, A., B. y C. A. renuncia la herencia, y ésta pasa íntegra á B. y á C., aun cuando A. dejase á su vez varios descendientes, porque ni pueden suceder por derecho propio existiendo parientes de grado más

próximo, ni pueden heredar representando á A. que existe y renunció.

Lo mismo ocurre en la línea colateral cuando en ella se concede el derecho de representación. Al quedar dos hermanos como herederos abintestato, si uno de ellos renuncia la herencia, hereda solamente el otro, aunque el renunciante tenga hijos. Y si son tres hermanos, y uno muere con descedientes y otro renuncia, hereda el hermano vivo que aceptó, en concurrencia con los hijos del fallecido que ostentan el derecho de representación, y por él se colocan en el grado de su padre; mas los hijos del renunciante son excluídos de todo derecho, no precisamente por la ley, cuyo precepto es lógico, sino por su padre que creyó deber renunciar.

Ahora bien: si todos los hijos ó todos los hermanos en los ejemplos expuestos renuncian la herencia, faltan todos los parientes de grado preferente, ya por sí mismos, ya por falta de personas con derecho á representarles, y heredan los hijos de aquellos hijos ó de estos hermanos todos por derecho propio, dividiendo la herencia por cabezas ó con igualdad aplicándose estrictamente el art. 921 en su segundo párrafo en relación con el 923.

Concordancias.—Acepta la doctrina de nuestro Código el de Italia. Los de Francia y Bélgica no admiten la representación de una persona viva.

Por cuanto se refiere á los hispano-americanos el de la Argentina determina en su art. 3554 que no se puede representar sino á las personas muertas, *con excepción del renunciante de la herencia*, á quien aun vivo, pueden representarlo sus hijos. Bolivia sigue el mismo criterio, no admite que se pueda representar á las personas vivientes, sino á las difuntas (art. 602), ni tampoco hay representación en la herencia renunciada. Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, si bien no tenga precepto expreso respecto á la disposición de nuestro Código, admitido el espíritu que les informa concuerdan con el Código español. Guatemala carece también de disposición concreta concordante. Honduras, como

es sabido, sigue literalmente al Código español. Méjico como nuestro Código, no admiten la representación entre personas vivas, excepto los hijos y descendientes del incapaz llamados por la ley en representación de aquél (art. 3590 en relación con el 3582). Perú, como el de Guatemala, omite deliberadamente este punto especialísimo de la representación; Uruguay menciona que se puede representar al ascendiente incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto (artículo 999) y Venezuela terminantemente sostiene que no se representan las personas vivas, excepto cuando se trata de personas ausentes ó incapaces de suceder (art. 721).

CAPÍTULO IV

Del orden de suceder según la diversidad de líneas.

INTRODUCCIÓN

Queda expuesta en el tomo 5.° de esta obra (páginas 225 á 236, 1.ª ed., y 227 á 238 2.ª ed.), la legislación anterior al Código sobre esta materia, que ampliaremos al comentar los artículos 930 al 958 cuando el asunto lo requiera.

En las ideas generales sobre el anterior capítulo 3.°, se exponen el sistema romano ó de la proximidad de grado, el germano ó de la parentela, y el troncal; se expresan los antecedentes más precisos que con esta materia se relacionan, el fundamento de la sucesión intestada, y los principios que rigen en Aragón, Navarra, Cataluña y Vizcaya.

En este lugar nos limitaremos á exponer el orden de suceder en algunas legislaciones extranjeras para que pueda compararse con el de nuestro país, y la razón é innovaciones del Código en lo que al objeto de este capítulo se refiere, punto sobre el cual puede también consultarse lo expuesto en el referido tomo 5.°, páginas 282 á 286, 1.ª ed., y 284 á 288, 2.ª ed.

I.—*Legislación extranjera.*

a) *Códigos europeos:*

Francia.—Domina en este país la división por líneas, tanto en la rama ascendente como en la colateral, y la postergación de los abuelos por los hermanos y sobrinos.

Se establecen en su Código cinco órdenes regulares de suceder:

1.º Los hijos y descendientes legítimos (art. 745), con derecho en éstos de representación hasta el infinito, y en unión con ellos el hijo adoptivo, pues según el art. 350, el adoptado no podrá suceder á los parientes del adoptante; pero en la sucesión de éste tendrán los mismos derechos que los hijos nacidos de legítimo matrimonio.

2.º Padre y madre, hermanos y hermanas y sus descendientes (arts. 748 al 751).

Si concurren todos á la herencia, el padre recibe una cuarta parte, la madre otra, y la mitad restante corresponde á los hermanos, quienes la dividen entre sí por cabezas.

Los descendientes de los hermanos representan á éstos, sin limitación de grado.

Si falta el padre ó la madre, su porción acrece á los hermanos, que toman tres cuartas partes del caudal, y si no hay padres, toda la herencia corresponde á los hermanos y sus descendientes.

Si hay hermanos germanos ó uterinos, éstos sólo heredan en su respectiva línea, y los de doble vínculo en ambas: debiendo entenderse que de la porción señalada á los hermanos corresponde una mitad á cada línea.

3.º Ascendientes en las líneas paterna y materna.

Faltando hermanos y sus descendientes, la herencia se divide por mitad, dando una de ellas al padre ó al ascendiente ó ascendientes más próximos de la línea paterna, y la otra mitad

á la madre ó al ascendiente ó ascendientes más próximos de la línea materna.

4.° Ascendientes en una sola línea y colaterales en la otra.

La mitad corresponde á los ascendientes y la otra mitad á los colaterales más próximos en grado de la otra línea, teniendo en esta mitad el padre, ó la madre, si viven, el usufructo de un tercio.

5.° Colaterales en ambas líneas, ó en una sola.

Corresponde una mitad á los más próximos en cada línea, si hay parientes en ambas, dentro del duodécimo grado. Si faltan de éstos en una línea, toda la herencia corresponde á la otra.

A falta de parientes con derecho á suceder, son llamados, á toda la herencia los sucesores irregulares: 1.°, los hijos naturales; 2.°, el cónyuge sobreviviente; 3.°, el Estado.

En concurrencia con descendientes, ascendientes ó colaterales, ningún derecho concedía el Código francés á los hijos naturales ni al cónyuge; pero esta injusticia ha sido enmendada recientemente por las leyes de 25 de Marzo de 1896 y 9 de Marzo de 1881, de las que nos ocupamos al hablar de los derechos de los hijos naturales y del cónyuge en la sucesión testamentaria, páginas 488 y 432, 1.ª ed., y 501 y 445, 2.ª ed., del tomo 6.° de esta obra. Ya allí advertimos, que la reforma se refería especialmente á la sucesión legítima ó intestada.

En *Bélgica* rige el mismo sistema francés, y los derechos del cónyuge han sido ampliados por la ley de 20 de Noviembre de 1896. Véase en la página 433, 1.ª ed., y 446, 2.ª ed., del citado tomo 6.° de esta obra.

Italia.—El orden de suceder en este país es bastante complicado, y no estudiándolo con detención, es difícil precisar la relación entre los derechos de los ascendientes y los de los hermanos, y los de los hijos naturales respecto al cónyuge. Esto explica las contradicciones que se observan en algunos autores.

Dicho orden resulta ser el siguiente:

1.° Los hijos legítimos y legitimados por el matrimonio ó por

rescripto, sus descendientes por derecho de representación, y los hijos adoptivos, sin perjuicio de los derechos del cónyuge é hijos naturales.

2.° Los ascendientes, solos ó con los hermanos y sus descendientes, si no hay hijos naturales.

Si concurren con hermanos, se divide la herencia por cabezas ó en partes iguales, sin que en caso alguno, sin embargo, pueda corresponder á los ascendientes menos de un tercio, y sin perjuicio de los derechos del cónyuge.

A falta de hermanos, suceden los ascendientes en toda la herencia, atendiendo á la proximidad de grado, y dentro del mismo grado dividen la herencia por líneas, salvo el derecho de hijos naturales y cónyuge.

3.° Los hijos naturales solos en toda la herencia ó á partir con el cónyuge sobreviviente. Son, en efecto, siempre preferidos á los hermanos y demás colaterales.

Si concurren hijos naturales con hijos legítimos, corresponde á cada uno de aquéllos la mitad de la cuota á que tendrían derecho siendo legítimos.

Si concurren sólo con ascendientes, tienen derecho á dos tercios, y lo mismo si sólo concurren con el cónyuge.

Si concurren con ascendientes y cónyuge, corresponde un tercio á los ascendientes, un cuarto al cónyuge, y el resto á los hijos naturales.

A falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, suceden en toda la herencia los hijos naturales.

Como los ascendientes legítimos suceden también en toda la herencia á falta de hijos legítimos y naturales, cónyuge y hermanos, resulta que más bien tienen preferencia ó mayores derechos los hijos naturales que los ascendientes.

4.° Los hermanos, consanguíneos, germanos ó uterinos, tomando los de doble vínculo doble porción que los de vínculo sencillo, y sus descendientes con derecho de representación.

Les corresponde toda la herencia, á falta de descendientes y ascendientes legítimos, cónyuge é hijos naturales. Si existen

estos últimos, no les corresponde heredar, y en concurrencia con ascendientes, queda ya expuesta su participación. Si concurren sólo con el cónyuge, tienen derecho á dos terceras partes.

5.º Los colaterales hasta el sexto grado inclusive.

Sólo heredan á falta de descendientes legítimos y naturales, ascendientes, hermanos y sobrinos. En concurrencia con el cónyuge, les corresponde una tercera parte; y todo á falta del cónyuge.

6.º El cónyuge sobreviviente, á falta de todos los anteriores, en toda la herencia.

En concurrencia con descendientes legítimos, corresponde al cónyuge una cuota igual á la de cada uno de los hijos, pero en usufructo, contando al cónyuge en el número de los hijos, y haya ó no hijos naturales, sin que nunca pueda, sin embargo, exceder su cuota de la cuarta parte de la herencia.

En concurrencia con sólo hijos naturales, tiene el cónyuge derecho á un tercio en propiedad: con ascendientes, la tercera parte también en propiedad: con hermanos, la misma participación, ó sea un tercio: con ascendientes é hijos naturales, una cuarta parte: con padres naturales, la mitad; y con colaterales, dentro del sexto grado, dos tercios.

7.º Los colaterales del séptimo al décimo grado.

8.º El Estado.

b) Códigos hispano americanos.

Argentina.—Establece el siguiente orden en las sucesiones intestadas:

1.º Los hijos legítimos por derecho propio y los nietos y demás descendientes por representación.

2.º A falta de hijos y descendientes, heredan los ascendientes sin perjuicio de los derechos de los hijos y descendientes naturales y del cónyuge sobreviviente. Los ascendientes heredan en la misma forma que la establecida en el Código español.

3.º Sigue la sucesión de los cónyuges en concurrencia con los hijos legítimos, ascendientes ó hijos naturales.

4.° Suceden los hijos naturales en concurrencia también con los ascendientes y descendientes legítimos y cónyuge viudo.

5.° Sus padres naturales si el hijo muere sin posteridad legítima.

6.° A falta de todos los anteriores, heredan al difunto los parientes colaterales hasta el sexto grado inclusive; y

7.° En defecto de todos los órdenes expuestos, los bienes del difunto, sea extranjero ó ciudadano argentino, pasan al Fisco, provincial ó nacional, según fueren las leyes que rigieren á este respecto.

Bolivia.—Brevemente expresa este Código el orden de suceder abintestato:

1.° Llama la ley á los descendientes legítimos en cualquier grado que estén, por cabezas y por estirpes, según los casos.

2.° Los hijos naturales, en defecto de legítimos.

3.° Los hijos ilegítimos y adoptivos.

4.° Los ascendientes, por su orden y grado, excluyendo siempre al más remoto.

5.° Los parientes colaterales del difunto dentro del cuarto grado, y en su defecto, el Concejo municipal del respectivo departamento.

La ley de 27 de Diciembre de 1882, ha modificado y refundido los artículos 503 y 621, que conferían el derecho de heredar abintestato al cónyuge sobreviviente y al Estado.

Chile, Colombia, Ecuador, Salvador y el Uruguay.—1.° Suceden en primer término los hijos y descendientes legítimos, sin perjuicio de la porción conyugal correspondiente al cónyuge pobre.

2.° A falta de descendientes legítimos, suceden los ascendientes legítimos de grado más próximo, el cónyuge y los hijos naturales, dividiéndose la herencia en cinco partes, tres para los ascendientes, una para los hijos naturales, y otra para el cónyuge.

No habiendo cónyuge ó no habiendo hijos naturales, la herencia se divide en cuatro partes, de las que tres corresponden á los ascendientes.

A falta de hijos naturales y cónyuge, suceden los ascendientes en toda la herencia.

3.º A falta de descendientes y ascendientes legítimos, suceden los hermanos legítimos con sus descendientes legítimos, éstos por derecho de representación, el cónyuge y los hijos naturales, haciéndose tres partes, una para cada grupo de sucesores.

No habiendo cónyuge ó no habiendo hijos naturales, la herencia se divide por mitad, correspondiendo una parte á los hermanos y otra al cónyuge ó á los hijos naturales.

A falta de éstos, toda la herencia pertenece á los hermanos, teniendo doble porción los que sean de doble vínculo, y heredando los consanguíneos ó uterinos, sólo á falta de los de padre y madre.

4.º Si el difunto no deja descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevará la mitad de los bienes el cónyuge y la otra mitad los hijos naturales, y si concurren sólo éstos ó aquél, les corresponde toda la herencia.

5.º Por falta de todos los anteriores, suceden los parientes colaterales hasta el sexto grado, por orden de su proximidad y sin preferencia por razón de doble vínculo.

6.º El Fisco.

Muerto un hijo natural, suceden primero sus descendientes legítimos, después sus hijos naturales; á falta de éstos, el padre ó la madre, ó ambos, y en su defecto, los hermanos que fueren hijos legítimos ó naturales del mismo padre, de la misma madre, ó de ambos, con preferencia en cuanto á adquirir doble porción los hermanos de doble vínculo, y con derecho de representación en favor de los descendientes legítimos de los hermanos.

El cónyuge en concurrencia con padres naturales hereda la cuarta parte del caudal, y en concurrencia con hermanos, la mitad. A falta de ellos, toda la herencia.

Por falta de cónyuge hereda el Fisco.

Guatemala. — Se distingue esta legislación por la consideración hacia los hijos legítimos, y por la limitación del derecho á suceder en el cuarto grado de la línea colateral.

Son llamados en primer término los hijos y descendientes legítimos.

Si suceden con hijos naturales (ilegítimos reconocidos) y cónyuge, aquéllos heredan un quinto, y éste la cuarta parte de los cuatro quintos restantes, siendo pobre la viuda, y siendo pobre é impedido para el trabajo el viudo.

A falta de descendientes legítimos, heredan los hijos naturales, sin perjuicio del derecho del cónyuge. El derecho de representacion se concede tanto á la descendencia legítima como á la descendencia natural.

No habiendo descendientes legítimos ni naturales, son llamados á suceder los ascendientes legítimos á los primeros, y el padre ó madre naturales á los hijos de igual clase.

A falta de línea recta ascendente ó descendente, es llamado el cónyuge á toda la herencia.

Y por falta de cónyuge, la línea colateral hasta el cuarto grado, admitiéndose el derecho de representación en los hijos de los hermanos, y salvo éste, siendo preferidos los más próximos en grado á los más remotos.

Según el art. 174 del Decreto de Reformas, á falta de parientes dentro del 4.° grado, la herencia ingresa en la Tesorería de las facultades.

Honduras.— Establece el mismo orden de suceder, según la diversidad de líneas y en los mismos términos que el Código español.

Méjico — 1.° Suceden en primer lugar los hijos legítimos ó legitimados, y si quedaren solo hijos naturales ó espurios legalmente reconocidos ó designados, suceden en la misma forma que los legítimos.

2.° A falta de descendientes sucederán el padre y la madre por partes iguales y el cónyuge sobreviviente, en cuyo caso se dividirá la herencia en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y otra á los ascendientes en los términos expuestos.

3.° A falta de ascendientes, descendientes y cónyuge, la

ey llama á la sucesión á los colaterales dentro del octavo grado, comenzando primero los hermanos legítimos consanguíneos, los sobrinos, los hermanos naturales, y en defecto de éstos, los espurios; unos y otros legalmente reconocidos, y á falta de éstos sus hijos, siendo legítimos. Faltando los anteriormente llamados, suceden los parientes más próximos en grado, sin distinción de líneas ni consideración á doble vínculo.

4.º Determina el Código de Méjico la cuota del cónyuge viudo en los casos de concurrencia con hijos legítimos y hermanos en la forma que oportunamente citaremos en el comentario oportuno.

5.º Ultimamente y á falta de todos los herederos ya mencionados, sucederán el Fisco y la beneficencia pública.

Perú. — Con brevedad suma enumera este Código el orden de la sucesión legal. Corresponde la herencia, dice el Código peruano, á falta de testamento, á los herederos siguientes:

1.º Los hijos y descendientes.

2.º Los ascendientes.

3.º Los colaterales, en primer lugar los hermanos legítimos del intestado, y después sus parientes legítimos en tercero y cuarto grado.

4.º El cónyuge sobreviviente si no estuviese divorciado por culpa suya.

5.º Suceden los demás colaterales hasta el sexto grado inclusive.

Respecto á los hijos naturales reconocidos, heredarán el todo cuando el padre no tenga descendientes ni ascendientes legítimos, ni madre partícipe en la herencia: la mitad cuando concurran con ascendientes legítimos y el 5.º habiendo hijos ó descendientes legítimos.

Venezuela.—Orden de suceder:

1.º Los hijos y descendientes legítimos.

2.º El viudo ó viuda concurre con los descendientes tomando una porción igual á la de un hijo.

3.º Los ascendientes y los hijos naturales.

4.º A falta de cónyuge, ascendientes legítimos é hijos naturales, suceden en toda la herencia los hermanos legítimos y los hijos legítimos de éstos.

5.º No habiendo posteridad legítima, los hijos adoptivos concurren con las personas anteriormente citadas.

6.º Los colaterales legítimos por su orden hasta el octavo grado.

7.º A falta de todos los herederos abintestato, la herencia se difiere al patrimonio de la nación, con destino, mitad á la instrucción pública y mitad á la beneficencia nacional.

II. —*Razón de las innovaciones de nuestro Código en esta materia.*

Antes de la publicación del Código civil, decía el Sr. Azcárate en su citada obra sobre la Historia del Derecho de propiedad y su estado actual en Europa: «Hay en la sucesión intestada dos puntos en que todas las legislaciones, unás más, otras menos, piden reformas: la extensión indebida dada á la sucesión de los colaterales, y el derecho que, á falta de éstos, se confiere al Estado.

»Por lo que hace al primero, salta á la vista la incongruencia que hay entre el principio que se afirma como base de la sucesión intestada, y esos llamamientos de los parientes en décimo y duodécimo grado, puesto que no implicando el mero parentesco en tales casos, ni afecto entre los unidos por el mismo, ni reciprocidad de deberes que tengan preferencia sobre todos los demás, es arbitrario llevar tan allá las consecuencias de un vínculo cuando en la vida real no tiene eficacia. Así que, á falta de parientes en la línea recta, la ley debe limitarse á conferir la herencia del que muere intestado, á los colaterales, descendientes del padre y del abuelo; expresándonos en esta forma, porque nos parece preferible el principio de *parentela* del derecho germano, al de *proximidad de grado* del romano. Además de la falta

de fundamento para llamar á los más lejanos, el hacerlo tiene el inconveniente de contribuir el legislador á que arraigue en la conciencia social el prejuicio de que la familia, entendida en sentido tan lato, es lo único que se debe tomar en cuenta al disponer de los bienes, como si la amistad, la gratitud, la profesión, la vecindad, la nacionalidad misma y la humanidad, no nos impusieran el deber de pensar en tal caso en las personas á quienes nos unen vínculos más estrechos que el que engendra un parentesco lejano, así como en la realización de aquellos fines que con más empeño hemos perseguido en la vida.

»Agrávase este mal cuando después de los parientes se llama á heredar al Estado, y no ya con la obligación de dedicar los bienes en que sucede al cumplimiento de alguno de aquellos fines sociales que por razones históricas corren á su cuidado, sino para convertirlos en un recurso más que va á perderse con los otros en las arcas del fisco. El principio de la voluntad presunta, si se ha de interpretar conforme á la razón, exige que antes que el Estado, sean herederos del que muere sin testamento y sin parientes dentro del límite dicho, las personas que estuvieron unidas á él por vínculos estrechos, como los que engendra aquella amistad que por algo llamamos fraternal, ó que nacen de la mutua cooperación por largo tiempo á una misma obra, así como los institutos de que fué miembro activo, y á la realización de cuyo fin, por ser permanente, es natural presumir que deseaba contribuir en los últimos momentos de su vida, cuando durante ella fué objeto constante de sus esfuerzos y vigilias. Y, en último caso, antes que el Estado deben heredar el Municipio y la Provincia, sobre todo el primero, ya sea el en que se ha nacido, ya el en que se vive, ó el en que se muere, pero no para acrecentar con esos bienes el tesoro municipal, sino para atender al cumplimiento de fines sociales, como la beneficencia, la enseñanza, etc.»

Con relación especial al viejo derecho de Castilla, existían otros puntos que también de un modo imperioso demandaban una reforma amplia y trascendental. Tales eran los relativos á

los derechos del cónyuge y de los hijos naturales en la sucesión intestada.

Con relación al cónyuge, la opinión era unánime. Mucho había mejorado su situación con arreglo á la ley de 16 de Mayo de 1835, pero aun no se le había concedido el puesto que merece en la sucesión, ni los amplios derechos que les reconocían las legislaciones forales. «El matrimonio, como dice el Sr. Alonso Martínez (1), une íntimamente á dos seres que se consagran el uno al otro, que viven en común por todo el resto de su vida, que se otorgan recíprocamente sus favores, que comparten juntamente con el lecho todas sus alegrías y pesares, que se hacen solidarios del honor, así como de la fortuna y la desgracia, y que, en el caso ordinario de tener descendencia, se sienten amarrados por un lazo que no pueden romper, formado, como está, por la naturaleza que ha infundido en el hombre, á la vez que la idea del deber hacia sus propias criaturas, el sentimiento invencible de la paternidad. Es por lo mismo extraño é inexplicable ver en la sucesión intestada relegados por la ley española vigente, al viudo ó viuda del cónyuge premuerto á uno de los últimos lugares, postergándolos á los parientes colaterales dentro del cuarto grado civil.»

El Sr. Pedregal, en sus resúmenes críticos sobre el Código civil, publicados por la *Revista de Derecho Internacional*, expone lo siguiente: «Respecto al cónyuge sobreviviente ha realizado el Código un acto de verdadera justicia. El marido y la mujer no están, en verdad, ligados por un parentesco directo de sangre como lo están los ascendientes con sus descendientes, pero les liga un vínculo tan sagrado como aquél, el cual reconoce por base el mutuo amor de los cónyuges. Este vínculo es la fuente de donde nace ese otro parentesco, y en consecuencia merece, por lo menos, al lado de éste, un lugar preferente...» «En la vida práctica nadie duda que al esposo se profesa mayor cariño que al hermano; que los padres de nuestros hijos nos merecen

(1) El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.

especial predilección sobre los demás parientes, como no sean éstos tan cercanos que hayamos recibido de ellos nuestra sangre, ó se la hayamos transmitido al darles la existencia.»

En cuanto á los hijos naturales reconocidos no puede existir la misma unanimidad, pues según las diversas opiniones que en tan delicada materia se acepten, creerán algunos que sólo debía concedérseles el derecho que les reconoció la ley de 16 de Mayo de 1835, y creerán otros que sus derechos sucesorios deben ser iguales á los de los hijos legítimos, por existir la misma razón de afecto hacia unos y otros, los mismos deberes y absoluta inocencia é irresponsabilidad por su condición en los naturales.

Ya expusimos, al tratar de la legítima de los hijos naturales, las consideraciones en que se inspiró el legislador para no aceptar ninguna de esas extremas soluciones, y como, sin ofensa de la familia legítima, creyó de absoluta justicia concederles en la sucesión testamentaria una porción forzosa. Las mismas razones le han movido á otorgar á esos mismos hijos en la succsión intestada un lugar preferente al de todos los parientes de la línea colateral, sin perjuicio de respetarles, aun en concurrencia con ascendientes y descendientes legítimos, su derecho á legítima.

El legislador parte de la base del reconocimiento legal ó de la legitimación por concesión Real, hechos probados que permiten fijar con exactitud la persona del padre y de la madre, y que aconsejan conceder á los hijos naturales idénticos derechos en una y otra sucesión. Así se halla establecido en las legislaciones de todos los países, y no existía razón para conservar en nuestra patria el criterio de la ley de Partidas, que, fundándose en la certeza que el parto comunica á la persona de la madre, llama, en la sucesión intestada de ésta, á sus hijos naturales en defecto de los legítimos, y en la sucesión del padre los relegaba á un puesto inferior al de los parientes colaterales del cuarto grado, salvo la participación del sexto de la herencia que debían dividir con su madre, cuando concurriesen con herederos no descendientes.

Adoptando el sistema que se ha creído más racional y ade-

cuado al modo de ser de la familia española, y con el propósito también de allanar el camino para llegar en esta materia á la unidad de nuestra legislación común y foral, en la base 18 de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888 para la redacción del Código civil, se fijó el orden para la sucesión intestada, con las modificaciones y reformas que debían introducirse en nuestro antiguo derecho.

Según dicha base, «á la sucesión intestada serán llamados: 1.° Los descendientes. 2.° Los ascendientes. 3.° Los hijos natules (desapareciendo la diferencia que antes había entre la sucesión del padre y la de la madre). 4.° Los hermanos é hijos de éstos. 5.° El cònyuge viudo. 6.° Los demás parientes colaterales hasta el sexto grado. 7.° El Estado, pero sustituyéndole los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita».

Estos preceptos de la base 18 se desarrollaron en las cinco *secciones* que comprende el presente *capítulo IV*, que vamos á examinar.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA LÍNEA RECTA DESCENDIENTE

ARTÍCULO 930

La sucesión corresponde en primer lugar á la línea recta descendente.

ARTÍCULO 931

Los hijos legítimos y sus descendientes suceden á los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.

ARTÍCULO 932

Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

ARTÍCULO 933

Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales.

ARTÍCULO 934

Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio, y los segundos por derecho de representación.

Precedentes.—FUERO JUZGO.—Libro 4.°, tít. 2.°—De los herederos.

Ley 2.ª «En la heredad del padre vienen los fiios primeramente. E si non oviere fiios, devenlo aver los nietos, é si non oviere nietos, devenlo aver los bisnietos.»

Ley 9.ª «La mujer deve venir egualmientre con sus hermanos á la buena del padre, ó de la madre, ó de los avuelos é de las avuelas de parte del padre, é de parte de la madre; é otrosí á la buena de los hermanos é de las hermanas. E otrosí deve venir á la buena de los tíos é de las tías é de sus fiios. Ca derecho es que aquellos que natura fizo egualmientre parientes, egualmientre vengan á la buena.»

Ley 10.ª «Las heredades de parte de la madre, é de los tios, é de las tias é de sus fiios, las mujeres deven partir egualmientre con aquellos que son tan propinquos como ellas.»

Bien claramente se deduce de las dos últimas leyes que se borraba una injusta desigualdad, existente con anterioridad entre varones y hembras.

FUERO REAL.—Libro 3.°, tít. 6.°—De las herencias.

Ley 1.ª «Todo home que hobiere fijos ó nietos ó dende ayuso, de mujer de bendición, no puedan heredar con ellos otros algu-

nos que haya de barragana; mas del quinto de su haber mueble ó de rayz, puédales dar lo quissiere.»

Ley 2.ª «Si home soltero con mujer soltera fiziese fijos, é despues casare con ella, estos fijos sean herederos.»

Ley 10.ª Quando alguno muriere sin manda, partan igualmente los hermanos, así en la heredad del padre como de la madre.»

Ley 7.ª Véase en el art. 926.

Ley 12.ª «Quando el home que hobiere fijos de una mujer, casare con otra que hobiere fijos de otro marido, é amos hobieren fijos de consuno, si el marido ó la mujer murieren los fijos que fueren de aquel muerto partan comunalmente todos sus bienes.»

PARTIDAS.—Ley 3.ª, tít. 13, Partida 6.ª—«Muriendo el padre ó el avuelo sin testamento, ó alguno de los otros que suben por la liña derecha, el fijo ó el nieto que nasciesse de otro fijo, ganan é heredan todos los bienes del finado, quier sean varones quier mujeres, maguer aquel que murió sin testamento ouiesse hermano ó otros parientes propincos de la liña de trauiesso. Pero dezimos que cuando algun ome muriesse sin testamento, dexando vn fijo con nieto, fijo de algun su otro fijo ó de fija, que fuessen ya muertos amos á dos, el fijo ó el nieto heredarán la heredad del defuncto egualmente. E non empesce, etc.» La continuación queda inserta en el comentario del art. 924.

Comentario.—Los arts. 930 al 934 pueden estudiarse juntos. Redactados con claridad, son de fácil y sencilla aplicación después de cuanto hemos expuesto sobre el derecho de representación.

Llama en primer lugar el art. 930 á la herencia intestada á la línea recta descendente, conformándose con la presunta voluntad del causante, y con lo establecido en todos los tiempos y en todas las legislaciones.

La línea recta descendente, á que se refieren dicho artículo y el epígrafe de esta sección, es solamente la legítima. Así lo comprueba con toda claridad el art. 931, y lo confirman los 935

y 939. No creemos que haya motivo de duda, ni aun de crítica para el legislador.

A los hijos legítimos son equiparados en todo los legitimados por el matrimonio (art 122).

Desarrolla la idea del art. 930 el 931, borrando entre los hijos y descendientes toda diferencia ó privilegio más ó menos justificado por razón del sexo, de la edad ó de la procedencia de diversos matrimonios; y los arts. 932 á 934 establecen las reglas relativas á la división de la herencia, según los distintos casos que pueden ocurrir. Estos casos son tres:

1.º Que concurran sólo descendientes de primer grado.

2.º Que concurran sólo descendientes de grados posteriores al primero.

3.º Que concurran descendientes de primer grado con descendientes de grados más remotos.

PRIMER CASO. *Que sólo concurran hijos.*—Es indiferente, como queda dicho, su edad, su sexo ó su procedencia. No existe el derecho de primogenitura ni otro privilegio parecido; no existe la preferencia de los varones sobre las hembras, que creyeron conveniente los defensores de los mayorazgos ó vinculaciones; no hay razón para que los hijos de una unión reciban más ó menos porción hereditaria que los hijos de otra, cualesquiera que fueren las circunstancias de la familia en uno ú otro matrimonio. Borradas de antemano por la ley estas diferencias, obedeciendo á los dictados irresistibles de la conciencia universal, el Código no había de resucitarlas, y se complace en hacer constar esa igualdad. Todos son hijos, todos son iguales, todos merecen idéntica protección del legislador.

Cuando sólo quedan hijos, heredan siempre por derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales. Es la división por cabezas, explicada al comentar el art. 926, la división natural, la que sirve de regla para la mayoría de los casos.

Sea el caudal 30.000 pesetas. Quedan dos hijos, se hacen dos partes iguales dando á cada hijo 15.000. Quedan tres, se hacen tres partes iguales, correspondiendo á cada uno 10.00e. Quedan

cuatro, cada uno tendrá 7.500, etc. Siempre se divide el importe del caudal hereditario por el número de hijos: el cociente será la porción igual de cada uno de esos hijos.

SEGUNDO CASO. *Que concurran sólo descendientes de segundo grado ó posteriores.*—Según el art. 933, heredan por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se divide entre éstos por partes iguales.

La palabra *herederos*, empleada en dicho artículo, ha de estimarse como equivalente á la de *hijos* ó *descendientes*, porque no son los herederos voluntarios ó forzosos, que el descendiente fallecido hubiese nombrado en testamento, los que han de representarle en la sucesión intestada de su ascendiente, sino los herederos llamados por la ley, y aun entre éstos, sólo los hijos ó descendientes, pues si no quedan de éstos, no hay lugar al derecho de representación.

Estos descendientes son sólo los legítimos; los naturales no pueden heredar ni por derecho propio ni por derecho de representación á su abuelo, padre legítimo de su padre natural.

Cuando sólo concurren descendientes de segundo ó posterior grado, heredan todos por derecho de representación, ó lo que es lo mismo, la división de la herencia se hace por estirpes. Cada estirpe representa una cabeza. La regla es la misma que en el caso anterior; tantas partes iguales como cabezas ó personas representadas, dando una parte á cada estirpe para que se la distribuyan por cabezas si todos son del mismo grado, ó por derecho de representación si hay descendientes de grados diversos.

Lo demostraremos con ejemplos ó casos prácticos.

A. tuvo tres hijos, *B.*, *C.* y *D.*, habiendo fallecido los tres, el primero sin sucesión, el segundo dejando tres hijos, *E.*, *F.* y *G.*, y el tercero dejando una sola hija, *H.* A la muerte de *A.* son llamados á la herencia los cuatro nietos, pero no por derecho propio, sino por derecho de representación. Así, suponiendo el caudal relicto 30.000 pesetas, se dividirá en dos partes iguales, que hubieran correspondido á *C.* y á *D.* si hubieran vivido, y

que se adjudican á sus respectivos descendientes. *H.* hereda íntegra la parte de *D.*, ó sean 15.000 pesetas, y *E.*, *F.*, y *G.* heredan la parte de *C.*, distribuyéndola con igualdad, y correspondiendo á cada uno 5.000 pesetas. En cuanto á *B.*, hay que prescindir de él en la división, porque muerto antes que *A*, sin descendientes, ni pudo heredar por derecho propío, ni dejó personas que le representasen en la herencia de *A*.

Supongamos ahora que *H* había también fallecido dejando des hijos, y que *G.*, desheredado por su abuelo, tenía cinco hijos. En tal caso, la parte de *D.* pasaría á sus dos nietos representantes de su madre *H.*, como ésta lo era de *D.*, correspondiendo á cada uno 7.500 pesetas, y la parte de *C.* pasaría á *E.*, *F.* y á los hijos de *G.* en representación de éste, correspondiendo como en el caso anterior á cada uno de los dos primeros 5.000 pesetas, y distribuyéndose con igualdad la parte que hubiera correspondido á *G* entre sus cinco hijos, tomando cada uno 1.000 pesetas.

Parece deducirse del art. 933 que los nietos y demás descendientes de grados posteriores heredan siempre por derecho de representación, aunque la palabra siempre que se encuentra en el art. 932, no aparece en el que examinamos. No es así, sin embargo. Los nietos y demás descendientes distintos á los hijos heredarán por representación cuando el derecho de representación proceda: cuando no proceda, no, porque á ello se oponen terminantemente otros artículos, precisamente destinados á marcar cuando existe tal derecho.

Los arts. 933 y 934 están escritos bajo la base del fallecimiento del hijo ó descendiente de grado más próximo, caso que es el más normal y frecuente. No hablan de los casos de incapacidad ó desheredación, y, sin embargo, es claro que también en esos casos procede la representación. No hablan tampoco del caso de renuncia, y, sin embargo, al renunciar un hijo los nietos no pueden representarle, á menos de borrar del Código los artículos 923 y 929, que no pueden menos de ser considerados como excepción.

Según estos artículos, repudiando la herencia el hijo único ó todos los hijos, heredan los nietos por su propio derecho. En tal caso, sin necesidad de representación alguna, los descendientes de segundo ó tercer grado son llamados á suceder con preferencia á los descendientes de primer grado, y la división se verifica por cabezas. Así, en el ejemplo últimamente expuesto, al renunciar *C.* y *D.* son llamados por derecho propio *E. F. G.* y *H.*, tomando cada uno de ellos una cuarta parte de la herencia. Esto no estorba el derecho de representación en los descendientes de éstos, en la última suposición de dicho ejemplo, pero se altera su cuota, porque ya no representarán á *C.* y á *D.*, sino á *H.* y á *G.*

Hay casos en los que la división por cabezas da númericamente el mismo resultado que la división por estirpes. Así muerto *A.* con cuatro nietos, dos de ellos representantes de un hijo, y los otros dos representantes de otro hijo, y siendo el capital 30.000 pesetas, cada nieto recibirá 7.500 pesetas como si heredasen por derecho propio. Sin embargo, las consecuencias son distintas. Al heredar por derecho propio y dividir la herencia por cabezas, si uno de los nietos renunciase, los otros se dividirán el caudal tomando cada uno 10.000 pesetas, y si heredan por derecho de representación, al renunciar uno de los nietos, sólo queda como representante del padre el otro nieto de la misma rama, y éste toma 15.000, no alterándose la cuota de los otros dos. Además, heredando por derecho propio, colacionarían en la herencia del abuelo lo recibido por ellos, mientras que heredando por derecho de representación, tienen que colacionar también lo que anticipadamente y como donación hubiera recibido su padre.

TERCER CASO.—*Que concurran descendientes de primer grado con descendientes de grados más remotos.*—Es solamente la combinación de los dos casos anteriores, y después de explicados éstos, el art. 934 no ofrece dificultades en su aplicación.

Concordancias.—Las mismas reglas universalmente aceptadas en el orden de suceder, se consignan en los Códigos ame-

ricanos con ligerísimas variantes en la expresión de los principios que regulan la sucesión intestada de la línea recta descendente.

Argentina, con brevedad suma, determina la sucesión de los descendientes legítimos (arts. 3565 y 3566). Más brevemente aun Bolivia (art. 605), sienta la doctrina general del primer grado en el orden de suceder abintestato. Chile (art. 988), Colombia (art. 1045) y Ecuador (art. 978), asientan el precepto de que los hijos legítimos excluyen á todos los demás herederos sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido ó mujer sobrevivientes. Guatemala (art. 951), establece con la misma precisión que los anteriores que los hijos y descendientes son los primeros llamados á la sucesión; los hijos heredan por cabezas, esto es, por iguales partes; los demás descendientes por estirpes, esto es, sigue diciendo, por la parte que correspondería al hijo á quien representan.

Honduras, copia literalmente los artículos del Código español en sus equivalentes 1064 á 1068. Méjico, contiene diversas reglas aplicables á los hijos legítimos ó legitimados, hijos naturales, hijos espúrios legalmente reconocidos ó designados cuando concurren solos; pero en los demás preceptos aplicables á la representación y división de la herencia, contiene la misma doctrina que los demás Códigos hermanos, salvo determinados ejemplos gráficos acerca de la concurrencia de hijos legítimos con hijos naturales, hijos de este carácter legal con espúrios, hijos naturales con ascendientes de primer grado é hijos espúrios con ascendientes también de primer grado que oportunamente enumeraremos (arts. 3591 á 3609). Tan parco como los anteriores dispone Perú (art. 874), que los hijos y descendientes son los primeros llamados á la sucesión, y como derivación establece que los hijos heredan por iguales partes, y los demás descendientes, solos ó en concurrencia con hijos, heredan por estirpe la parte que correspondería al hijo á quien representan.

El Código del Salvador, apartándose de los anteriores, en su art. 999, no especifica sino los órdenes de los llamamientos á la sucesión intestada, y por lo que á los descendientes se refiere

en su número primero, llama á los hijos legítimos y á los ilegítimos en la sucesión de la madre. Uruguay, en el capítulo relativo al orden del llamamiento (art. 1000), establece los siguientes principios: 1.° La ley llama á la sucesión intestada, en primer lugar á la línea recta descendente. 2.° Los descendientes legítimos excluyen á todos los otros herederos, sin perjuicio de la posesión conyugal que corresponda al marido ó mujer sobreviviente, y Venezuela, con su proverbial laconismo dice, (artículo 723), que al padre, á la madre y á todo ascendiente suceden los hijos legítimos ó sus descendientes legítimos.

SECCION SEGUNDA

DE LA LÍNEA RECTA ASCENDENTE

ARTÍCULO 935

A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales.

ARTÍCULO 936

El padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales.

Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia.

ARTÍCULO 937

A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado.

Si hubiere varios de igual grado pertenecientes á la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponderá á los ascendientes paternos, y la otra mitad á los maternos. En cada línea la división se hará por cabezas.

ARTÍCULO 938

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable á la sucesión intestada y á la testamentaria.

Precedentes.—FUERO JUZGO.—Libro 4.º, tít. 2.º

Ley 1.ª «E si non oviere fijos, ni nietos, ni padre, ni madre, devenlo aver los avuelos.»

Ley 6.ª «Quando el omne muere, si dexa avuelos de parte del padre ó de parte de la madre, amos deven aver egualmientre la buena del nieto. E si dexa avuelo de parte del padre é avuela de parte de la madre, amos vengan egualmientre á su buena. E otrosí, si dexa avuela de parte del padre ó de la madre, vengan á la buena egualmientre. Esto es de entender de las cosas que ganó el muerto. Mas de las que él ovo de parte de sus padres ó de sus avuelos, deben tornar á sus padres ó á sus avuelos como ge las dieron.»

FUERO REAL.—Libro 3.º, tít. 6.º

Ley 1.ª «E si home cualquiera muriese sin manda, y herederos no hobiere, así como es sobredicho (descendientes), el padre é la madre hereden toda su buena comunalmente; é si no fuere más vivo del uno, aquel lo herede; é si no hobiere padre ni madre, heredenle los avuelos ó dende arriba, y de esta guisa mesma.»

Ley 10.ª «E otrosí mandamos que el que muriese sin manda é no dexare fijos ni nietos, é dexare abuelos de padre é de madre, el abuelo de parte del padre herede lo que fué del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fué de la madre; é si él había hecho alguna ganancia, ambos los abuelos hereden de consuno egualmiente.»

PARTIDAS.—Título 13, Partida 6.ª, ley 4.ª

«E dezimos que quando acaesciere que el fijo muera sin tes-

tamento, non dexando fijo nin nieto que heredasse lo suyo, nin auiendo hermano nin hermana, que estonce el padre é la madre deuen heredar egualmiente todos los bienes de su fijo. E si hermanos ouiesse, estonce deuen ellos con el padre é con la madre partirlo por cabeças. E maguer ouiesse avuelo ó avuela, non heredará ninguno dellos ninguna cosa en los bienes de tal defuncto. Mas si aquel que muriesse sin testamento no dexase heredero ninguno que descendiesse dél, nin ouiesse hermano, nin hermana, nin padre, nin madre, si oüiere avuelos, quier sean de parte de su padre, quier de parte de su madre, ellos heredarán egualmiente todos los bienes de su nieto. E si por auentura, de parte de su padre ó de su madre, ouiere vn avuelo solo é de la otra dos, estonce aquel solo, aura la meytad de todos los bienes, é los dos que fuessen de la otra parte auran la otra meytad. E si acaesciere que éste que assi finó auia avuelos ó hermanos quel pertenezcan de padre é de madre, estonce heredarán todos los bienes que fincaren dél, partiéndolos entre si por cabeças egualmiente. E esso mismo seria si el finado dexasse fijos de tales hermanos.»

Ley 6.ª de Toro. (1.ª, tít. 20, libro 10, Nov. Recop.).

«Los ascendientes legítimos por su orden y línea directa sucedan *ex testamento et abintestato* á sus descendientes, y le sean legítimos herederos como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar, salvo en las ciudades, villas y lugares de según fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la rayz á la rayz.»

Comentario.—Como hemos visto en los antecedentes históricos, la doctrina del Código es la doctrina genuinamente española, admitida en todos nuestros cuerpos legales, con la sola excepción de las Partidas. A falta de descendientes legítimos, la ley llama á los ascendientes legítimos con exclusión de los colaterales, por regla general. Se exceptúan los bienes á que se refiere el art. 811, que, condicionalmente, por su carácter troncal

pueden llegar á pertenecer á los parientes dentro del tercer grado de la línea de la persona de quien procedían.

Las legislaciones forales se desvían de esta regla, como también queda expuesto, y á su vez los Códigos extranjeros siguen diversos criterios, admitiendo aun varios á los hermanos en orden igual, lo que prueba que el derecho exclusivo de los ascendientes á la herencia intestada de sus descendientes no es un principio tan universalmente reconocido, como el preferente derecho de los descendientes en la herencia intestada de sus ascendientes. Creemos, sin embargo, que la doctrina de nuestro Código, en los arts. 935 y 937, es la más justa y la que más se amolda al fin en que debe inspirarse la ley al deferir la herencia legítima. En el corazón del hombre ocupan los padres y los abuelos lugar preferente al de los hermanos. En la lucha entre los dos principios hubo de sostenerse ruda batalla, y al fin triunfó el preferente derecho de los ascendientes, pero no sin llegar á la transacción que los arts. 811 y 938 representan; porción arrancada á los padres y abuelos en beneficio de la línea colateral.

Los preceptos de los arts. 935 y 937 son, como los de los artículos 930 á 934, suficientemente claros y requieren escasa explicación. Además guardan una completa conformidad, en cuanto cabe, con los arts. 809 y 810.

Desde luego se trata únicamente de los ascendientes legítimos. De los naturales se ocupa el Código expresamente con separación.

En la línea recta ascendente, el pariente más próximo en grado excluye el más remoto. Esta es la primera y preferente regla. El padre ó la madre excluyen á los abuelos, los abuelos de cualquiera línea excluyen á los bisabuelos y así sucesivamente.

La división de la herencia en este orden es una mezcla de la sucesión por líneas y de la división por cabezas. Si existen el padre y la madre, divídense la herencia por cabezas entre ambos. Si sólo existe el padre, ó sólo la madre, el que de ellos exis-

ta recibe toda la herencia, con exclusión de los abuelos por parte de la otra línea.

A falta de padre y madre heredan los demás ascendientes por orden de proximidad de grado; pero si en el mismo grado existen de diversas líneas, la herencia se divide en dos partes: una para los ascendientes de la línea paterna, y otra para los de la línea materna. Si dentro del mismo grado y de la misma línea hay más de un ascendiente, la parte correspondiente á esa línea se divide por cabezas; si sólo hay un ascendiente, éste recibe la porción lineal; así como si en grado preferente sólo queda un ascendiente de cualquier línea, á éste corresponde toda la herencia.

Así, si sólo vive el abuelo paterno, él es el llamado á suceder aunque queden bisabuelos en la línea materna. Si viven el abuelo paterno y el abuelo y la abuela maternos, la herencia se divide por líneas, una mitad toma el abuelo paterno, y la otra se distribuye con igualdad entre el abuelo y la abuela maternos, y así sucesivamente.

El art. 938 deja á salvo lo dispuesto en los arts. 811 y 812, de más natural y fácil aplicación en la sucesión legítima que en la testamentaria. Después del extenso comentario que en su lugar hicimos de dichos artículos, á él nos remitimos, juzgando innecesario repetir ideas.

También quedan á salvo los derechos de los hijos naturales á su legítima, cuando concurren con ascendientes, en virtud del artículo 942.

En resumen: muerto un descendiente sin posteridad, de los arts. 935 al 937, 811 y 812, se deduce que la herencia corresponde siempre en principio á sus ascendientes legítimos, pero con una importante distinción, según la procedencia ó título adquisitivo de los bienes hereditarios. Los que ese descendiente fallecido adquirió en virtud de donación de un ascendiente determinado que le sobrevive, se devuelven, como es justo, á ese ascendiente, cualquiera que sea su grado y su línea, con exclusión de toda otra persona. Esos mismos bienes donados, en caso

de haber premuerto el ascendiente donante, y cuantos por título lucrativo hubiese adquirido el descendiente de un ascendiente ó de un hermano, corresponden á los ascendientes de grado más próximo, pero con la obligación de reservarlos en favor de los parientes que se hallen dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden. Los demás bienes adquiridos por título distinto siguen las reglas expresadas en los artículos 936 y 937.

Puede presentarse una cuestión de importancia al aplicar los preceptos expresados, la de si el ascendiente donante sucede con exclusión de otra persona en las cosas donadas que existan en la sucesión de un descendiente del donatario, muerto sin posteridad, ó si, en tal caso, sucede el ascendiente de grado más róximo, con la obligación de la reserva.

El caso es el siguiente: *A.*, padre de *B.*, hace á éste una importante donación al casarse con *C.* Muere después el donatario *B.*, dejando un hijo menor, M. Es claro que sucede este hijo, porque habiendo descendientes legítimos la herencia nunca corresponde, ni aun á título de reversión ó devolucion, á los ascendientes. Pero muere *M.* en la menor edad, y las cosas que *A.* donó existen en su sucesión, y no deja posteridad. ¿Es aplicable el art. 812 ó el 811? ¿Sucede en esas cosas el donante *A.* ó sucede su madre *C.*?

En Aragón, el ascendiente de quien los bienes procedían los readquiere, lo cual es conforme al fundamento del precepto del art. 812. Sin embargo, del texto de este artículo se deduce la solución contraria. La sucesión se establece á favor del donante en la herencia del donatario, no en la herencia de los descendientes del donatario. El ascendiente dona á un hijo y tiene derecho á la reversión de los bienes donados si el hijo muere sin posteridad. El ascendiente dona á un nieto, y si éste muere sin descendientes legítimos, los bienes vuelven á su abuelo si le sobrevive. Pero si ese hijo ó ese nieto mueren con descendientes, éstos heredan, y los bienes ya no son donados, sino heredados por esos descendientes. En la sucesión de éstos, el ascendiente

ya perdió su consideración de donante: los bienes proceden de él, esto es todo, y deben volver á él ó á los parientes de su línea, pero con arreglo al art 811. Estimamos, por tanto, que en el caso supuesto los bienes que fueron donados y después transmitidos por el donatario á sus descendientes, deben ser heredados por la madre *C.*, ó ascendiente de grado más próximo, si bien con la obligación de la reserva, porque en la sucesión de *B.* no procedía la aplicación del art. 812, por haber muerto el donatario con posterioridad, y en la sucesión de *M.* tampoco, porque *M.* no había recibido donación alguna de *A.*, no debía nada á éste, sino á su padre ó á la ley, que por su carácter de descendiente le transmitió bienes, entre los cuales se hallaban los donados á *B.* Esta conclusión nos parece la verdaderamente ajustada á la ley.

Concordancias. — Los artículos que comentamos concuerdan con los 3567 á 3569 del Código de la Argentina. Bolivia establece las mismas reglas, y consigna el principio general de que los ascendientes suceden á los descendientes por su orden y grado, excluyendo siempre al más remoto (art. 607). Chile (artículo 989). Colombia (art. 1046) y Ecuador (art. 979), sientan el principio común que á falta de posteridad legítima suceden los ascendientes legítimos de grado más próximo, estableciendo además las diversas porciones que corresponden al cónyuge y á los hijos naturales cuando concurran con les ascendientes legílegítimos. Guatemala, en el artículo 172 del Decreto de Reformas sustitutivo del 952 de su Código civil, expresa el principio jurídico reconocido en todas las legislaciones de que no habiendo herederos en la línea de los descendientes, heredan los ascendientes, y entre éstos, los más próximos excluyen á los más remotos. Honduras, como es sabido, sigue literalmente al Código español (arts. 1069 al 1071), si bien no contenga precepto concordante con el establecido en el art. 938 de nuestro derecho. Méjico contiene, además de los principios doctrinales comunes, las modalidades referentes á la concurrencia del cónyuge con los ascendientes, y la limitación de los derechos de los ascen-

dientes ilegítimos á sólo pedir alimentos, en el caso de que el reconocimiento se verificase después de adquirir el derecho á la herencia (arts. 3610 al 3617). Perú expresa pura y simplemente los preceptos generales relativos á los derechos de los ascendientes en la herencia de sus descendientes (arts. 642 y 875). El Salvador no contiene modalidad alguna digna de mención (artículo 999). Uruguay se inspira (art. 1001) en esta materia en los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, antes mencionados, con cuyo criterio coincide también el Código civil de los Estados Unidos de Venezuela (art. 725, párrafo 1.º)

SECCIÓN TERCERA

DE LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS

Se trata en esta sección no sólo de los derechos de los hijos naturales reconocidos en la sucesión de sus padres ó del padre ó madre que los reconoció, sino también de los derechos sucesorios por muerte de un hijo natural.

Cuanto en lo referente á la sucesión intestada se relacione con la familia natural, debe buscarse en esta sección ó deducirse de lo en ella preceptuado, lo cual demuestra, como queda dicho, que en las demás secciones el legislador se refiere á la familia legítima.

ARTÍCULO 939

A falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, y los legitimados por concesión Real.

ARTÍCULO 940

Si con los hijos naturales ó legitimados concurrieren descendientes de otro hijo natural ó legitimado que hubiese fallecido, los primeros sucederán por derecho propio y los segundos por representación.

ARTÍCULO 941

Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los dos anteriores artículos, se transmitirán por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación á su abuelo difunto.

ARTÍCULO 942

En el caso de quedar descendientes ó ascendientes legítimos, los naturales y legitimados sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 840 y 841.

Precedentes.—Véase lo expuesto sobre los derechos de los hijos ilegítimos en nuestra anterior legislación, al tratar de esta materia en las págs. 490 y sigs., 1.ª ed., y 503 y sigs., 2.ª ed., del tomo 6.º

A) *Hijos legitimados por rescripto.*—El Fuero Real, leyes 2.ª y 17 del tít. 6.º, libro 3.º, prohibía heredar á los hijos que no fuesen habidos en mujer de bendición, salvo si hubieran sido legitimados por subsiguiente matrimonio ó por rescripto del Rey, en cuyo caso heredaban con igual derecho que los hijos legítimos. Lo mismo se deducía de la ley 9.ª, tít. 15, Partida 4.ª

La ley 12 de Toro alteró en esta parte lo dispuesto en el Fuero Real, no consintiendo que los hijos legitimados por rescripto pudiesen heredar á sus padres ni *ex testamento* ni *abintestato* con los legítimos y legitimados por el matrimonio; pero, á falta de éstos se entendió que eran llamados á la herencia de sus padres, con preferencia á los ascendientes. Del mismo modo, en la sucesión de los demás parientes, los hijos legitimados por concesión Real eran admitidos con igual derecho que los legítimos. Así se deduce de dicha ley, que sólo prohibió á dichos hijos suceder á sus padres cuando existiesen descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

B) *Hijos naturales no legitimados.*—Las Partidas distinguieron entre la sucesión del padre y la sucesión de la madre, siguiendo su especial criterio en esta cuestión, y las leyes de Toro afirmaron el mismo principio, aunque modificando su alcance.

En la sucesión de la madre.—Ley 11, tít. 13, Partida 6.ª: «Las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razon todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en vno con los otros fijos legitimos que nascen della, quier sea legitimo ó non. Fueras ende, si fuesse tal fijo, como el que llaman en latin *incestuoso*, que quiere tanto dezir como el que es engendrado de ome é de muger que sean parientes fasta el quarto grado; ó fuesse otro que llaman en latin *natus ex damnato coitu*, que quiere dezir tanto como el que nasce de muger religiosa, que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley. Esso mismo seria si tal muger como esta fuesse dueña de noble linaje o de honrado lugar. Ca si este atal ouiesse fijos que son llamados *spurios*, non deue heredar de los bienes della el espurio con el legitimo. E espurio es llamado el que nasce de muger que se da á muchos.»

Ley 9.ª de Toro.—(5.ª, tít. 20, libro 10, Nov. Recopilación): «Los hijos bastardos o ilegitimos de qualquier qualidad que sean, no pueden heredar á sus madres *ex testamento ni abintestato*, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos... Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendiente legitimo, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere, naturales ó spurios, por su orden y grado, le sean herederos legitimos *ex testamento et abintestato*, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres *ex testamento ni abintestato*».

En la sucesión del padre.—Ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª: «Sin testamento muriendo ome que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural que ouiesse habido de alguna muger de que non

tuesse dubda que la él tenía por suya, é que fuesse el fijo engendrado en tiempo que él non ouiesse muger legitima, nin ella otrosi marido, tal fijo como éste puede heredar *las dos partes de las doze* de todos los bienes de su padre, é él ó su madre deuen partir estas dos partes ygualmente».

En caso de morir el padre con testamento, podía dejar á su hijo natural una dozava parte, quedando descendientes legítimos; dos terceras partes, habiendo ascendientes, ó lo que quisiere en otro caso. Y si el padre nada le dejaba voluntariamente, sólo tenía derecho á alimentos.

La ley 9.ª del mismo título y Partida, reconocía al hijo natural el derecho de suceder *abintestato* á su padre en la sexta parte de la herencia que debía partir con su madre, aunque el causante dejase mujer legítima.

Leyes de Toro.—No modificaron expresamente el derecho anterior, pues la ley 10 sólo se refiere á la sucesión testamentaria

Ley de 16 de Mayo de 1835.—Llamó á los hijos naturales en la sucesión de su padre á toda la herencia, á falta de parientes colaterales del cuarto grado.

C) *Otros hijos ilegítimos.*—Ley 10, tít. 13, Partida 6.ª: «Nascido seyendo alguno de fornicación, ó de incesto, ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, nin deue heredar ninguna cosa de los bienes de su padre...»

Con relación á la madre, véase la ley 11 del mismo título y Partida, copiada antes, y la ley 9.ª de Toro, que constituían el derecho vigente. Véase además en los arts. 840 al 846, la ley de Don Juan I, en Soria, año 1380, sobre los hijos sacrílegos (página 493, 1.ª ed., y 506, 2.ª ed., del tomo 6.º).

El proyecto de Código de 1851 llamaba á los hijos naturales reconocidos á la herencia intestada de su padre ó madre, á falta de colaterales dentro del cuarto grado y de cónyuge viudo (artículo 777). No obstante, los hijos naturales reconocidos por el mismo padre y la misma madre, tenían derecho, en concurrencia sólo con el viudo, á dos tercios de la herencia; en concurren-

cia con colaterales dentro del cuarto grado, á la mitad; en concurrencia con estos colaterales y el viudo, á un tercio; en concurrencia con ascendientes legítimos, á una cuarta parte, hubiese ó no viudo; y en concurrencia con descendientes legítimos, sólo á alimentos.

En el seno de la Comisión de Códigos, al discutirse la reforma vigente, se aceptó á propuesta del Sr. Gamazo, borrar toda distinción entre la sucesión intestada por muerte del padre ó de la madre, no obstante la protesta razonada del Sr. Aurioles, que entendía no era conveniente mermar privilegios á la familia legítima, y menos aún llamar á los hijos naturales á la herencia de su padre, en el mismo nivel que en la de la madre, por la facilidad de reconocer los padres como tales hijos á los que no lo fuesen en realidad para otorgarles derechos que no debían corresponderles.

Discutióse también si los hijos naturales debían ser ó no antepuestos á los ascendientes legítimos, y aunque parece más lógico y conforme á la teoría que basa la sucesión legítima en la ley del amor y en la presunta voluntad del causante, no llamar á la línea recta ascendente hasta agotar la línea recta descendente con derecho á legítima, prevaleció la opinión contraria, ó más bien, una intermedia, pues es lo cierto que el hijo natural, aun concurriendo ascendientes, conserva en la sucesión intestada el derecho á su legítima.

Comentario.—Llama la ley á la sucesión del todo de la herencia á los hijos naturales del causante, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos del mismo, prefiriendo aquéllos al cónyuge y á todos los colaterales.

Ya al tratar de las legítimas, arts. 840 y siguientes, expusimos ciertas consideraciones generales sobre los derechos del hijo natural en la sucesión de sus padres, y á las mismas nos remitimos.

El art. 939 exige en el hijo natural el reconocimiento, y equipara, como siempre, á ese hijo con el legitimado por concesión Real. Aunque los artículos que siguen al 939 sólo hablan

de hijos naturales y legitimados, es evidente que se refiere siempre á los naturales *reconocidos,* y á los legitimados *por concesión Real.*

La posesión de estado de hijo natural no requiere más que la continuación de hechos que presenten á una persona en la relación no interrumpida de hijo natural de otra determinada, sin que sea necesario el conocimiento ni la revelación del nombre del padre ó de la madre con quien no se haya establecido esa relación de hechos, porque no lo exige el art. 135, y excluye tal necesidad la misma razón que en los arts. 130 y 132, los cuales consideran suficiente el reconocimiento expreso hecho por uno solo de los padres. En todo caso, el art. 138 deja á salvo el derecho de impugnar los reconocimientos y declaraciones de hijos naturales que no reunan las condiciones del párrafo 2.º del artículo 119. En su consecuencia, ese hijo natural debe suceder con todos los derechos que el Código civil concede á los de su clase, y determinadamente en la herencia intestada, con arreglo al art. 939. (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1895.)

Los arts. 940 y 941 conceden expresamente á los descendientes del hijo natural el derecho de representación, que permite á esos descendientes heredar á su abuelo.

De estos dos artículos han nacido dudas y cuestiones de importancia. ¿Se trata de un derecho de representación especial para los descendientes de hijos naturales, ó simplemente de una aplicación del art. 925? ¿Se concede el derecho de representación á los descendientes legítimos ó naturales del hijo natural, ó solamente, como en el art. 843, á los legítimos? ¿Puede ese derecho alegarse en caso de desheredación é incapacidad, ó únicamente en caso de muerte, atendiendo á la letra de los arts. 940 y 941? A los efectos especiales del art. 942, ¿es admisible también la representación? En caso de renuncia del hijo natural único ó de todos los que haya con derecho á heredar, ¿son llamados á la sucesión del abuelo, por derecho propio, los descendientes de dichos hijos?

a) Respecto á la primera duda, ya hemos expuesto nuestra opinión. El art. 925 se refiere solamente á la familia legítima. Cuanto en lo referente á la sucesión intestada se relacione con la familia natural, debe buscarse en esta sección ó deducirse de lo que en ella se preceptúa. De todos modos, esta cuestión carece de importancia, puesto que de un modo expreso permiten los artículos 940 y 941 el derecho de representación en favor de los descendientes de los hijos naturales.

b) ¿Cuáles son esos descendientes? El art. 843, en un caso análogo, sólo concede derecho á la legítima á los descendientes *legítimos* del hijo natural, representando á éste. No parece lógico un criterio distinto en la sucesión intestada, puesto que ésta se defiere, lo mismo que la porción forzosa, en virtud de la ley. ¿Por qué los hijos naturales del hijo natural habían de ser llamados á toda la herencia por derecho de representación en la sucesión intestada, y se les había de negar todo derecho á la porción legítima, por virtud de la misma representación? Sería esto una anomalía inconcebible, un cambio de criterio inexplicable. O tienen ó no tienen esos descendientes naturales el derecho de representar: la ley lo niega terminantemente en el artículo 843; la ley no lo concede claramente en los 940 y 941. Falta base para establecer una excepción.

El núm. 4.º del art. 143, al tratar de los alimentos, derecho más sagrado que el de sucesión, muestra claramente el criterio de la ley en esta cuestión. El padre natural debe alimentos á su hijo natural y á los descendientes *legítimos* del hijo natural, pero no á los descendientes *naturales* de ese hijo. ¿Por qué es esto? Tiene la natural explicación siguiente: El reconocimiento legal es el vínculo que enlaza, á los ojos de la ley, al padre ó á la madre con su hijo ilegítimo. Correrá ó no por sus venas la misma sangre; pero ese lazo natural, si es que existe realmente, necesita manifestarse, hacerse de algún modo ostensible, ya que por sí sólo no puede ser por todos conocido y respetado, y el signo ostensible que la ley exige es el reconocimiento ó la legitimación. Mas por su propia naturaleza estos actos enlazan al hijo

sólo con sus padres: los abuelos no pueden quedar ligados. Reconocido el hijo, puede pasar que se estime reconocida la posteridad legítima de ese hijo, que lleva en sí misma un sello de certeza, y que es siempre amparada por el legislador; en cambio, es bastante difícil admitir que ese reconocimiento lleve á su vez consigo el de los descendientes naturales que el hijo natural quiera después reconocer, porque en el primer caso la cadena fué rota sólo en un punto, pero en el segundo fué rota en dos puntos inmediatos entre sí, quedando los anillos sueltos y sin más relación que la que el reconocimiento ó la legitimación establece entre cada padre y sus hijos respectivos.

Es cierto que los artículos 843 y 143 hablan expresamente de descendientes *legítimos* del hijo natural, y que los 940 y 941 sólo hablan de descendientes. De aquí arranca el argumento principal de la opinión contraria: el criterio es distinto, puesto que se emplean diversas palabras; la ley no distingue: no debemos nosotros distinguir. Pero este argumento prueba ya demasiado; tanto, que si se aceptase, sería necesario cambiar la interpretación que hemos dado al Código en cuantos artículos se ocupan de ascendientes, descendientes ó colaterales en abstracto.

En efecto: comparando dichos arts. 940 y 941 con todos los demás del Código que tratan de descendientes en abstracto sin añadir calificativo alguno de legítimos ó naturales, se adquiere la convicción que sostenemos. No porque la sección se ocupe de hijos naturales reconocidos, hemos de deducir que en ella sólo se habla de la familia natural. Obsérvese que hasta para nombrar á los hijos á quienes, por falta de descendientes y ascendientes legítimos, corresponde la herencia, hijos ya determinados en el art. 939, repiten todos los demás de la sección, á veces sin necesidad, las palabras *naturales* ó *legitimados*. ¿Cómo prescindir de tal calificativo, con relación á los descendientes de esos hijos, si en la palabra *descendientes* se comprendiesen los hijos naturales del hijo natural? Por lo mismo que nada se añade, hay que deducir que en dichos artículos, como en otros mu-

chos en que concurre la misma circunstancia, solo á los descendientes legítimos del hijo natural se concede el derecho de representación. El art. 944 tiene buen cuidado de referirse á la posteridad legítima ó *reconocida* del hijo natural.

Pero admitamos que la palabra *descendientes* alude á toda clase de hijos: ¿por qué detenernos en la descendencia legítima y en la descendencia natural reconocida ó legitimada? ¿No son también descendientes los hijos naturales no reconocidos y los demás hijos ilegítimos en general? La ley no distingue: no debe distinguirse. ¿Admitiremos tan absurda conclusión?

Aun hay más: los hijos naturales de un hijo legítimo no pueden heredar, en virtud del art. 943, á su abuelo, pariente legítimo de su padre, ni por derecho propio ni por derecho de representación. Los hijos naturales de un hijo natural, ¿qué privilegio pueden alegar sobre aquéllos para suceder á su abuelo, sólo por ser en vez de padre legítimo padre natural de su padre, ó sea por haber entre ambos dos lagunas en vez de una, dos reconocimientos, dos motivos de duda, ó sustituir al matrimonio una legitimación Real?

Estimamos, en virtud de las razones expuestas, que en los artículos 940 y 941 sólo se concede el derecho de representación á los descendientes *legítimos* de los hijos naturales (1).

c) Los arts. 940 y 941, si hemos de atenernos estrictamente á su texto, sólo otorgan el derecho de representación en caso de muerte del hijo natural llamado por derecho propio á la herencia. Si el hijo fuese incapaz ó hubiera sido desheredado, parece que no le alcanza ese beneficio. Creemos, no obstante, que no es esa la intención del legislador.

Compárense esos artículos con los 933 y 934, y se verá que, tanto en unos como en otros, sólo se habla de representar en caso de fallecimiento. Lo mismo ocurre en el art. 927. Pero si

---

(1) No conocemos más Código que el de Guatemala, que conceda el derecho de representación á los descendientes naturales del hijo legítimo ó natural.

así fuese, estarían de más los arts. 761, 857 y 929. Al admitirse la representación, se admite cuando legalmente no existe el hehedero por derecho propio á quien se ha de representar, y la ley equipara á la muerte la incapacidad y la desheredación. El heredero incapaz ó desheredado no existe ante la ley, y de aquí los preceptos de los arts. 761 y 857. Puesto que dichos artículos hablan de *hijos* del incapaz ó del desheredado, podría dudarse de su aplicación á hijos naturales del excluído de la sucesión; pero siempre han de estimarse aplicables á los hijos ó descendientes legítimos, únicos á los cuales, según hemos sostenido antes, concede la ley el derecho de representación.

Los arts. 940 y 941, como los 927, 933 y 934, deben, pues, interpretarse todos con igual criterio. Se concede el derecho de representación: ¿en qué casos? En los casos en que ese derecho procede legalmente con arreglo al art. 929 y á la definición del 924, ya que ambos tienen un carácter general y no se contraen á determinados descendientes. No vemos razón para una solución distinta.

d) A tenor del art. 941, los derechos hereditarios concedidos al hijo natural ó legitimado en los *dos anteriores artículos* se transmitirán por su muerte á sus descendientes, quienes heredarán por derecho de representación á su abuelo difunto. ¿Se transmitirán de igual modo á esos descendientes los derechos que á los mismos hijos reconoce el art. 942, aunque éste no es ninguno de los dos anteriores artículos, sino el posterior?

En concurrencia con descendientes ó ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real reciben en la sucesión intestada la misma porción que les corresponde en la testamentaría, con arreglo á los arts. 840 y 841. ¿Se transmite el derecho á esta porción á los descendientes legítimos del hijo natural fallecido? Así lo establece expresamente el art. 843, y así lo demandan la razón y la lógica. El art. 942 no hace más que reconocer á los hijos naturales en la sucesión abintestato los mismos derechos que les concede la ley en la sucesión testada; entre estos derechos está el de transmitir á sus

descendientes legítimos su derecho á legítima, y por tanto, la representación se concede implícitamente á esos descendientes en el art. 942. Por eso no alude á ese caso el art. 941, el cual, por otra parte, no pretende que sólo en los casos á que los 939 y 940 se refieren, sean transmisibles á los descendientes del hijo natural los derechos que á éstos puedan por cualquier concepto corresponder.

e) Los descendientes legítimos del hijo natural representan, pues, á éste, lo mismo en caso de muerte, que en caso de incapacidad ó desheredación, é igualmente respecto á la legítima que á dicho hijo corresponde en la sucesión testamentaria, que respecto á los derechos que le otorgan en la sucesión intestada los arts. 939, 940 y 942. Pero si el hijo natural único ó los varios que existan renuncian á la herencia de su padre ó madre, ¿los descendientes legítimos de tales hijos heredarán al abuelo por derecho propio, puesto que la representación no procede con arreglo al art. 923 en el caso de renuncia?

Al final del comentario al art. 929 nos hemos hecho cargo de esta cuestión, con relación á la familia legítima, exponiendo nuestro criterio sobre la inteligencia y aplicación que debe darse á dicho art. 923. Aquella doctrina es también aplicable al caso de que ahora tratamos, y conforme á ella debemos resolverlo.

Nace la duda de la disposición del art. 923, según el cual cuando el pariente ó parientes llamados por la ley repudian la herencia, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho, sin que puedan representar al repudiante. Ya hemos dicho en el lugar citado que la sucesión intestada se rige por las reglas establecidas en el capítulo IV que estamos examinando, y que trata «del orden de suceder según la diversidad de líneas», sin que estas reglas puedan estimarse modificadas por dicho artículo 923, que está colocado en el capítulo anterior, y en la sección que trata «del parentesco», y que sólo podrá ser aplicable á los parientes colaterales. Confirma esta interpretación el artículo 766, que al declarar que el heredero voluntario que renuncia

á la herencia no transmite ningún derecho á sus herederos, deja á salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857, según los cuales si el incapaz para heredar ó el desheredado fueren hijos ó descendientes del testador, y tuvieren hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, adquirirán éstos su derecho á la legítima, pero privando al padre del usufructo y administración de los bienes. Pues lo mismo habrá de entenderse en el caso análogo de renuncia, puesto que la ley nada dispone en contrario.

Ahora bien: ¿son herederos forzosos los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión Real? El artículo 807, en su núm. 3.º, les concede ese derecho, aunque limitado á la porción que se determina en los artículos que estamos comentando. ¿Se transmite ese derecho á los hijos y descendientes legítimos del hijo natural? Así lo declaran los arts. 843 y 941, añadiendo éste que heredarán por derecho de representación á su abuelo difunto. Luego éstos son herederos forzosos de su abuelo, y le heredan por su propio derecho en la forma y medida que habría correspondido á su padre si éste hubiera querido ó podido heredar. Además, dicho artículo ordena que heredarán por derecho de representación, lo cual, después de haberles declarado el derecho á la herencia, sólo puede significar que la división se hará por estirpes cuando concurran descendientes de varios hijos naturales de un mismo padre. De suerte que bajo ningún concepto puede tener aplicación al caso el art. 923, en cuanto ordena que en la sucesión intestada no cabe la representación del que repudia la herencia.

Con más fundamento podría suscitarse la duda de si en este caso procede la transmisión de los derechos hereditarios, puesto que los arts. 843 y 941 sólo se refieren al caso de muerte. Por las razones expuestas anteriormente respecto de los casos de incapacidad, nuestra opinión es que son también aplicables dichas disposiciones al caso de renuncia. Siempre que el hijo natural no pueda ó no quiera ser heredero de su padre (por muerte, incapacidad ó renuncia), por ministerio de la ley se transmiten sus derechos hereditarios á sus descendientes legítimos.

Cuando la ley llama á los hijos naturales á la sucesión, pueden presentarse tres casos, como en la sucesión de los descendientes legítimos.

1.º Que concurran solamente hijos naturales. En este caso se divide la herencia por cabezas. Poco importa la edad, el sexo ó la procedencia de diversas uniones; todos son hijos naturales, reconocidos ó legitimados, y todos iguales á los efectos de la sucesión.

2.º Que concurran hijos naturales y descendientes legítimos de otros hijos también naturales, ya fallecidos, desheredados é indignos, ó que hayan repudiado la herencia de su padre natural. Aquéllos suceden por derecho propio, dividiendo la herencia por cabezas, y éstos por derecho de representación, tomando cada grupo la porción que hubiera correspondido á su padre, si hubiera vivido y podido ó querido heredar.

3.º Que concurran sólo descendientes legítimos de hijos naturales. Poco importa que sean de segundo ó posterior grado, pues no hay razón para limitar el llamamiento. Heredarán, en tal caso, todos por derecho de representación, ó sea por estirpes, á no ser que pertenezcan á una misma línea, pues entonces heredarían por cabezas, distribuyéndose por partes iguales los de cada línea la porción que habría correspondido á su padre natural.

El art. 942 es suficientemente claro. Nos referimos al comentario de los arts. 840, 841, 843 y 844.

Entiéndase bien que, aun cuando se trata de sucesión intestada, el hijo natural, en concurrencia con descendientes legítimos del causante, sólo tiene derecho á la porción que le concede el art. 840, ó sea la mitad de la cuota que corresponda como legítima *de los dos tercios* del caudal, ó la que proceda en sucesión testamentaria á cada uno de los hijos legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1898, la ley 11 del tít. 20 del Fuero de Vizcaya, al llamar en

defecto de hijos legítimos á los naturales que no sean de dañado ayuntamiento, reconoce el derecho legitimario de tales hijos, los cuales, por tanto, deben entenderse comprendidos en el llamamiento á *los descendientes* en abstracto, que para la sucesión abintestato establece la ley 8.ª del título 21 del mismo Fuero.

Derecho transitorio.—Debemos recordar aquí la sentencia de 8 de Noviembre de 1893, relativa á los derechos sucesorios de los hijos legitimados por concesión Real antes de la vigencia del Código de la que nos ocupamos en los arts. 840 á 844. Tales hijos tenían adquirido, mediante la legitimación anterior al Código, el derecho de suceder abintestato á sus padres, en defecto de descendientes legítimos ó legitimados por el matrimonio, y el de suceder á los demás parientes, equiparados en este punto con los hijos legítimos, según la ley 17, tít. 6.º, libro 3.º, del Fuero Real, en relación con la 9.ª, tít. 15, Partida 4.ª, y la ley 12 de Toro. Ese derecho debe ser respetado en virtud de las disposiciones transitorias primera y cuarta, como afirma la sentencia á que nos referimos.

Lo propio parece deducirse de esas mismas disposiciones transitorias, con relación al derecho de los hijos naturales en la herencia de su madre, con preferencia á los ascendientes, cuando fueron por ella reconocidos antes de regir el Código; reconocimiento que, con la cualidad de hijos naturales, confiere los derechos inherentes á esa cualidad, con arreglo á la legislación anterior. Sin embargo, en sentencia de 24 de Junio de 1897, de la que nos ocuparemos en el artículo siguiente, el Tribunal Supremo afirma que el derecho á heredar no nace ni puede decirse *adquirido* hasta el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, y, por tanto, que la sola cualidad de hijo natural reconocido antes de regir el Código no implica derecho á heredar, aplicando la legislación anterior.

Concordancias.—El Código civil de la Argentina tiene un criterio más restrictivo en el orden de sucesión de los hijos naturales.

Establece este cuerpo legal (art. 3577) que si el difunto

no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, *ni viudo* ó viuda, le heredarán sus hijos naturales legalmente reconocidos, hayan nacido de la misma madre y del mismo padre ó de la misma madre y de padres diferentes ó del mismo padre y madres diferentes. Los siguientes artículos concuerdan con el 840, 841 y 942 de nuestro Código.

Bolivia reconoce derechos sucesorios á los hijos naturales cuando no hubiese hijos ni descendientes legítimos con prioridad á los ascendientes (art. 607).

Chile, Colombia y Ecuador conceden á los hijos naturales el derecho á la totalidad de la herencia en defecto de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos y del cónyuge sobreviviente, asentando diversas reglas en la división de la herencia según concurran con las personas expresadas (art. 989 á 991 de Chile, 1046 á 1048 de Colombia y 979 á 981 de El Ecuador). Guatemala, en virtud del Decreto de Reformas de su Código civil (art. 969), concede á los hijos ilegítimos reconocidos el derecho á heredar el todo cuando los padres no tengan descendientes legítimos. Honduras se inspira en nuestro Código civil, si bien omite á los hijos legitimados por concesión Real (artículos 1072 al 1075). Méjico, dentro de las reglas comunes á la sucesión de los descendientes, reconoce á los hijos naturales ó, en su defecto, á los espurios legalmente reconocidos ó designados el derecho á la herencia con antelación á los ascendientes legítimos. Perú, si bien establece que el testador puede sustituir por universal heredero á su hijo natural, aun cuando tenga ascendientes legítimos (arts. 701 y 893), con respecto á la sucesión intestada, los hijos naturales heredan en el todo cuando el padre no tenga descendientes ni ascendientes, ni madre partícipe en la herencia (art. 892). Uruguay sólo concede al hijo natural la totalidad de la herencia en el caso de que no concurran los hermanos legítimos y cónyuge viudo; caso de que existan hijos adoptivos repartirán la masa hereditaria por partes iguales (art. 1002). Venezuela establece el derecho de concurrencia de los hijos naturales con los ascendientes y el cónyuge viudo,

en cuyo caso la herencia se dividirá en tres partes iguales (artículo 725).

ARTÍCULO 943

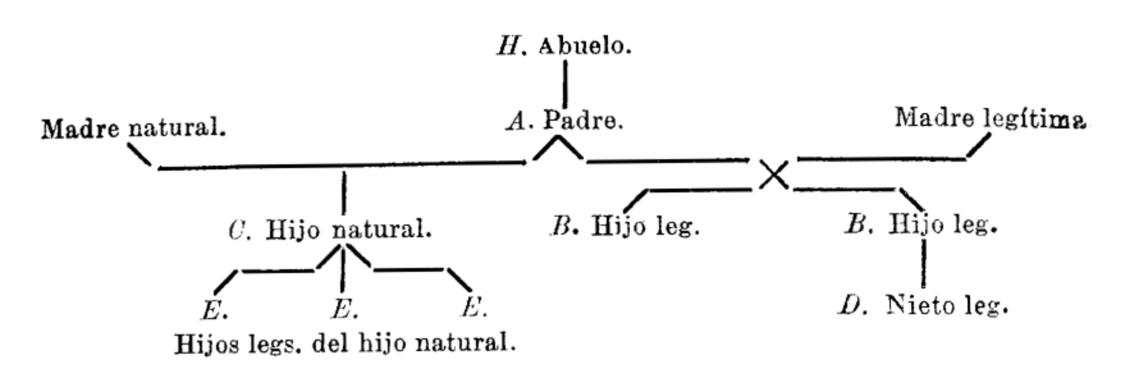
El hijo natural y el legitimado no tienen derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado.

Los precedentes de este artículo se contienen en la ley 12, título 13, Partida 6.ª, cuya doctrina se funda en la distinción preestablecida entre la sucesión por muerte del padre y la sucesión por muerte de la madre: «Otrossi dezimos que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que le pertenescen de parte de su padre; mas de los otros parientes que le pertenescen de parte de su madre que muriessen sin testamento, bien los pueden heredar seyendo ellos mas propincuos parientes.»

Entre el hijo natural y los parientes legítimos del padre ó madre que les reconoció, niega el Código toda relación sucesoria. No pueden decirse parientes y no tienen derecho á heredar. Existe desde luego un vínculo de sangre; pero este vínculo no lo reconoce la ley. En esto, el art. 943 se funda en la realidad de los hechos y en la presunta voluntad de los interesados; el hijo natural es mirado con desprecio por la familia legítima; la familia legítima es, en cambio, odiada por el hijo natural; éste considera la situación privilegiada de aquélla y los recursos de que por ella se ve privado; aquélla, en cambio, sólo ve en el hijo natural el producto del vicio, la prueba viva de un borrón para la familia. Toda relación está rota ordinariamente en la vida; la ley no hace más que reconocer esta verdad, evitando nuevos motivos de resentimiento.

Los hijos y los parientes legítimos del padre ó madre que reconoció un hijo natural, son todos los parientes en línea recta descendente ó ascendente, ó en línea colateral. La familia legí-

tima queda separada por completo de la natural; ni los individuos de ésta heredan á los de aquélla, ni los individuos de aquélla pueden heredar á los de ésta. Para que se comprenda mejor el alcance de esta disposición, nos serviremos del siguiente árbol:



Los hijos legítimos *B.* y *B.* son hermanos naturalmente del hijo natural *C.* Sin embargo, la ley llama en el art. 945 á la herencia del hijo natural á sus hermanos naturales, y en el 943 niega ese derecho á los hijos legítimos del padre ó madre que reconoció, á pesar de su cualidad de hermanos naturales. Los padres legítimos del padre natural son naturalmente abuelos del hijo natural (*H.* abuelo de *C.*). Sin embargo, ese abuelo no hereda al nieto natural ni éste á aquél. Y lo que con relación á *C.* se niega á sus hermanos y á su abuelo, por ser parientes legítimos de su padre, con mayor razón se niega también á los hermanos legítimos del padre ó del abuelo, y á los descendientes de los hijos legítimos de *A.*, y en general á todos los parientes legítimos; así como por muerte de cualquiera de estos parientes, no hereda nunca el hijo natural. Y es claro que si el hijo natural no puede heredar á los parientes legítimos de su padre ó madre, los descendientes legítimos de ese hijo tampoco heredan á tales parientes.

Por tanto, si *C.* muriese intestado después que sus padres y sin descendencia ni cónyuge, heredaría sus bienes el Estado, con preferencia á su abuelo *H.* y á su hermano *B.*

Aplica rectamente esta doctrina la sentencia de 24 de Junio de 1897, cuyos considerandos revisten cierta importancia para

la debida interpretación de los arts. 913, 943, 945 y 946 al 951. La cuestión fué motivada por reclamar Doña María ..., hija legítima de Doña Clementa ..., hermana ésta natural de Doña Joaquina ..., la herencia de esta última: esto es, *E.* en el árbol expuesto, reclama la herencia de *B.*, como representante de su madre *C.* El Tribunal Supremo establece la doctrina siguiente:

«Considerando que estableciéndose en el art. 943 del Código civil que el hijo natural no tiene derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya reconocido, es evidente que tal exclusión alcanza á los descendientes legítimos del hijo natural; y, por lo tanto, al desestimar la Sala las pretensiones de Doña María ..., que no pertenece á la familia legítima de la causante de la herencia, por ser el estado más favorable que puede concederse á su madre el de hermana natural de la difunta, lejos de infringir el mencionado artículo como se sostiene en el motivo noveno, lo ha aplicado acertadamente:

»Considerando que tampoco ha infringido los arts 913 y 946 al 951 del propio Código, que se citan en el motivo décimo, porque el principio general consignado en el primero de estos artículos, de que, á falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia á los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo ó viuda y al Estado, no autoriza para deducir que los demás, reguladores de la sucesión de los colaterales y que se refieren indudablemente á los legítimos, llaman indistintamente á los individuos de la familia legítima y natural, porque los de esta última clase son objeto de las reglas especiales establecidas en los arts. 939 al 945.

»Considerando que no es exacto que Doña Clementa ..., hermana natural de Doña Joaquina ..., hubiera heredado á ésta en caso de supervivencia, con arreglo á lo dispuesto en el art. 945, porque declarada su incapacidad por el 943 en términos claros y precisos, el sentido de aquel artículo no puede ser otro sino el de que al hijo natural que muere sin ascendientes, y dicho se

está, sin descendientes legítimos ó naturales, le heredan sus hermanos con exclusión de los hijos legítimos de su padre ó de su madre, y por consecuencia, cae por su base la teoría sustentada por la recurrente en el motivo undécimo».

En el art. 943 se niega en absoluto al hijo natural y al legitimado el derecho de suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo haya reconocido, ni viceversa, tanto por derecho propio como por derecho de representación. Desde luego *C.*, hijo natural en el árbol expuesto, no puede heredar á su abuelo *H* pretextando que representa á su padre *A.*, que es hijo legítimo de *H.* Si su hijo natural pudiera representarle, á los efectos de los artículos 843 y 942, su porción, con arreglo á los artículos 808 y 924, serían dos tercios; ¿y es posible que un hijo natural, aun alegando la representación, sea igualado con los hijos legítimos?

En la sucesión de *C.* y muerto su padre *A.* que tendría derecho á heredarle en virtud del art. 944, los hijos legítimos *B.* y *B.* no pueden tampoco pretender la herencia alegando la representación de *A.*

Con relación á la herencia del abuelo, el Tribunal Supremo ha confirmado expresamente la natural interpretación que hemos dado al art. 943, en su importante sentencia de 13 de Febrero de 1903.

«El hijo natural, dice el segundo considerando de dicha sentencia, cuyo difunto padre fuera hijo legítimo, no tiene derecho alguno á la herencia de su abuelo, aunque éste muera sin descendientes legítimos que le sobrevivan; lo cual aparece con plena evidencia, no tan sólo porque el art. 943 del Código civil niega al hijo natural derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que le haya reconocido, y por lo mismo al abuelo, y porque dentro del orden de suceder establecido para los hijos naturales y sus descendientes en los artículos 939 al 944, no tiene lugar el nieto natural cuyo padre fuese legítimo, sino muy especialmente, atendida su directa aplicación al caso, porque heredando los hijos al padre por de-

recho propio, y por el de representación los nietos á su abuelo, según los artículos 932 y 933, este derecho tan sólo está concedido á los nietos y descendientes legítimos, cuando el cabeza de la línea recta descendente sea un hijo legítimo, conforme á una doctrina secular admitida en nuestro Código como base del orden de suceder que el mismo establece, y especialmente sancionada por el art. 931, donde se da por supuesto que los descendientes llamados á suceder por tal línea, han de ser hijos de legítimo matrimonio».

Como consecuencia, niega esta misma decisión al hijo natural, cuyo difunto padre fuese legítimo, el derecho de promover el juicio de testamentaría con relación á la herencia de su abuelo, ya que tal derecho sólo puede ejercitarse por los que ostentan el carácter de herederos.

Explicado el alcance del art. 943 y la inteligencia que debe dársele en su relación con otros, aun conviene aclarar un caso que, por motivar cierta confusión, fué resuelto en sentencia de 28 de Enero de 1898. El hijo natural no puede desde luego reclamar la herencia de un pariente legítimo; pero como heredero de su padre natural, puede reclamar en la herencia de ese pariente un derecho que, al fallecer su padre, estaba ya en el patrimonio de éste ó le correspondía legítimamente por cualquier título. De aquí la doctrina de dicha sentencia: el art. 943 es inaplicable cuando un nieto natural no reclama en concepto de heredero abintestato de un pariente legítimo de su padre natural, los bienes de una donación *intervivos* á plazo, adquirida por su abuelo natural antes de morir, sino que, declarado heredero de éste con arreglo á la ley, reclama un derecho que cuando el abuelo falleció estaba ya en su patrimonio, por haber sido ese abuelo heredero testamentario de su hija.

Derecho transitorio.—En la misma sentencia de 24 de Junio de 1897, antes citada, se lee el siguiente considerando: «Abierta la sucesión de Doña Joaquina ... el 27 de Febrero de 1894, en cuyo día falleció, es aplicable el Código civil, conforme á la penúltima de sus disposiciones transitorias, y conforme también á

la *primera* que se invoca, aunque interpretándola erróneamente, porque el principio de la no retroactividad de la ley nueva sólo rige para los derechos *adquiridos* bajo el imperio de la antigua, y *notorio es que los hereditarios no nacen hasta la defunción de la persona de cuya sucesión se trata.*»

Concordancias.—Concuerda con el art. 943 de nuestro Código, el 756 del Código de Francia. En los hispanos americanos el criterio es distinto por lo que respecta á la sucesión de los hijos naturales y legitimados en los bienes de los descendientes y parientes legítimos del padre ó madre natural.

El Código de la Argentina terminantemente expresa (artículo 3582), que el hijo natural nunca hereda á los abuelos naturales ni á los hijos y parientes legítimos del padre ó la madre que lo reconoció, ni los abuelos naturales, ni los hijos legítimos y parientes de su padre ó madre, tampoco heredan al hijo natural.

Bolivia no contiene precepto alguno concordante en los limitados preceptos que determinan los derechos sucesorios de los hijos naturales.

Por el contrario, los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador (artículos 993, 1050 y 983 respectivamente), llaman en la sucesión abintestato del hijo natural en tercer lugar á aquellos de los hermanos que fueren hijos legítimos ó naturales del mismo padre, de la misma madre ó de ambos; sucediendo todos ellos simultáneamente, pero el hermano carnal llevará doble porción que el paterno ó materno, disposición en la cual también coincide el de Guatemala (art. 930) en las diversas reglas que establece para la sucesión intestada de los hijos ilegítimos. Honduras nos sigue literalmente en su art. 1076. Méjico, á falta de hermanos legítimos, llama á los hermanos naturales, y en defecto de éstos á los espurios, uno y otros legalmente reconocidos (art. 3623). Perú otorga derechos recíprocos á los hijos naturales reconocidos para heredar á sus parientes por parte de padre ó de madre (art. 911), derecho que también reconoce el Código de El Salvador en sus arts. 993 y 996. Más expansivo

aún el Código del Uruguay, establece en los últimos párrafos del art. 1004, que se deferirá la herencia del hijo natural á falta de grados anteriores á aquellos de sus hermanos que fueren hijos legítimos ó naturales del mismo padre, de la misma madre ó de ambos. Todos ellos suceden simultáneamente, pero el hermano carnal llevará doble porción que el paterno ó materno, con la disposición expresa de que la calidad de hijo legítimo no dará derecho á mayor porción que la del que sólo es hijo natural del mismo padre ó madre. El Código civil de los Estados de Venezuela no contiene precepto concordante con el art. 943 de nuestro Código.

ARTÍCULO 944

Si el hijo natural reconocido ó el ligitimado muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó madre que le reconoció, y, si los dos le reconocieron y viven, le heredarán por partes iguales.

ARTÍCULO 945

A falta de ascendientes naturales heredarán al hijo natural y al legitimado sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos.

Resulta de lo expuesto en el artículo anterior, que el hijo natural sólo se relaciona con el padre ó la madre que le reconoció, y con ocasión del reconocimiento, con otros hijos naturales al efecto de suceder, con arreglo al art. 945. No tiene más ascendientes que el padre ó la madre; no tiene tampoco colaterales que puedan proceder de la línea ascendente; los mismos hermanos de su padre y sus descendientes son para él personas extrañas. En cambio puede crearse una familia legítima, cuyo tronco será él mismo y en la que sólo puede haber, respecto á él, descendientes.

Bajo estas bases, los arts. 944 y 945 tratan de la sucesión

por muerte del hijo natural, así como los anteriores se refieren á la sucesión por muerte del padre natural.

Según la ley 8.ª, tít. 13, Partida 6.ª, «en aquella misma manera que el fijo natural puede é deue heredar á su padre en los bienes dél, é aprouecharse dellos, assí como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo é ayudarse dellos».

La ley 12 del mismo título y Partida, añade: «Fijo natural que non es nascido de legítimo matrimonio, si muriesse sin testamento non auiendo fijos, nin nietos, nin madre, estonce sus hermanos que le pertenescen de parte de su madre, deuen aver todo lo suyo, é si otros hermanos ouiere de parte de su padre tan solamente, non heredaran ende ninguna cosa. E esto es porque los hermanos que le pertenescen de parte de su madre son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, ouiesse otros hermanos naturales que le pertenesciesen de su padre tan solamente, é non ouiese de los otros que fuessen nascidos de su madre como él; estonce estos atales bien heredarían lo suyo porque son los más cercanos parientes. Fueras ende si el que assí muriesse ouiesse hermano natural é legítimo de parte de su padre. Ca estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales que son de parte del padre tan solamente».

No puede ser más diferente el criterio que domina en el Código del en que se inspiraron las leyes de Partida.

Al ocuparse el Código en los arts. 944 y 945 de la sucesión por muerte de un hijo natural, deja varias lagunas, siendo necesario investigar por medio de deducciones, más ó menos fundadas, cuál sea el orden completo de los llamamientos en la sucesión intestada de dicho hijo.

Este orden parece ser el siguiente:

PRIMERO. *Descendientes legítimos.*

Con relación á estos descendientes no hay que hablar de la cualidad de hijo natural en el causante. El orden de suceder, en cuanto á ellos, es el mismo, ya se trate de la muerte de un hijo

natural ó de un hijo legítimo. En primer lugar son, pues, llamados siempre los hijos y descendientes legítimos, aquéllos por derecho propio; éstos, por regla general, por derecho de representación. Hay que aplicar los arts. 930 á 934.

SEGUNDO. *Hijos naturales y sus descendientes legítimos.*

A falta de descendientes legítimos, la ley llama en el art. 935 y tratándose de la sucesión de una persona de origen legítimo, á sus ascendientes legítimos. Este llamamiento no cabe tratándose de la sucesión de un hijo natural, porque el hijo natural no tiene ascendientes legítimos; tiene en cambio padre ó madre, ó padre y madre naturales; pero la ley les relega á un orden posterior. Antes que el padre ó la madre, el art. 944 llama á la herencia del hijo natural á la posteridad reconocida por él. La posteridad reconocida está formada desde luego por los hijos naturales del hijo natural, y además, por sus descendientes legítimos, pues reconocido un hijo, pueden decirse reconocidos los descendientes legítimos de ese hijo.

El segundo orden de suceder lo forman, pues, los hijos naturales, y sus descendientes legítimos. Para la sucesión de éstos rigen los arts 939 al 942, puesto que es indiferente la persona del causante y que su origen sea legítimo ó ilegítimo.

A los hijos naturales reconocidos se equiparan los legitimados por concesión Real.

TERCERO. *Padre y madre naturales.*

A falta de posteridad legítima ó natural reconocida, suceden al hijo natural, por expresa disposición del art. 944, el padre ó madre que le reconoció ó legitimó, y si los dos le reconocieron ó legitimaron y viven, le heredarán por partes iguales. Si ambos le reconocieron y uno sólo vive, éste recibirá toda la herencia.

CUARTO. *Hermanos naturales.*

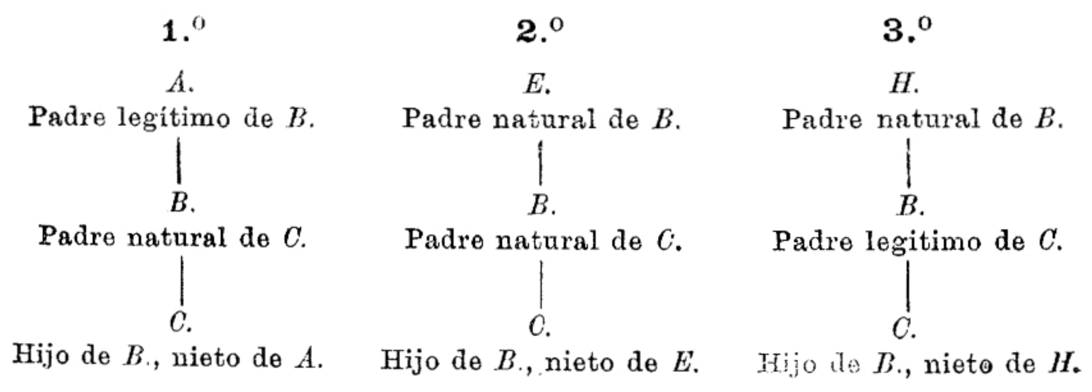
A falta de *ascendientes* naturales, heredarán al hijo natural y al legitimado, según el art. 945, sus *hermanos* naturales, según las reglas establecidas para los *hermanos* legítimos.

Aunque este artículo habla de *ascendientes* naturales, debe entenderse que heredan los hermanos á falta de *padres*. Los pa-

dres son ascendientes naturales, los más propios y verdaderos ascendientes del hijo natural, de modo que no puede decirse que la ley se exprese con impropiedad. ¿Qué ascendientes heredan al hijo natural? Solamente el padre y la madre, con arreglo al artículo 944, que es el que declara su derecho en la sucesión. ¿A qué ascendientes puede, pues, aludir el art. 945? Unicamente á los que son llamados á heredar al hijo con arreglo al artículo anterior. Para nosotros esto es claro.

El art. 943 niega al abuelo, padre legítimo del padre natural, el derecho de heredar á su nieto natural, persona de cuya sucesión aquí se trata, y lo que se niega al padre legítimo del padre natural, no puede concederse al padre natural de ese mismo padre, sin declaración terminante de la ley. Los ascendientes naturales son, pues, los padres naturales, únicos llamados expresamente á la sucesión por el art. 944.

Pero la frase abuelo natural, puede aplicarse en tres casos distintos, como se verá por los siguientes ejemplos:



A., *E.* y *H.* pueden llamarse abuelos naturales de *C.*—*A.* es excluído de la sucesión de *C.* en virtud del art. 943. *E.* no puede alegar tampoco derecho alguno en esa sucesión, puesto que *C.* no heredaría á ese abuelo nunca, ni por derecho propio ni por derecho de representación, y es regla en materia de sucesión la reciprocidad. Pero puesto que *C.* puede heredar á su abuelo *H.*, en virtud de los arts. 940 y 941, en representación de su padre *B.*, ¿no tendrá *H.* derecho para heredar á su nieto *C.* por ese mismo principio de reciprocidad á que nos hemos referido antes?

Juzgamos quo no. En rigor, *C.*, en el árbol 3.°, no es quien tiene derecho á suceder á *H.*, sino su padre *B.*—*C.* sucede representando á *B.*, ocupando el grado y lugar de éste. La reciprocidad se establece entre *B.* y *H.*, porque la personalidad de *C.* se pierde en la de *B.*, y en la línea ascendente no existe el derecho de representación, por lo que *H.* no puede representar á *B.* El artículo 944 sólo llama á la sucesión del hijo natural al padre y la madre naturales, y no encontramos legalmente fundamento alguno para conceder derechos sucesorios en ningún caso á los abuelos de aquél.

Como interpretación de este precepto, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Febrero de 1903, hubo de establecer la doctrina de que el hijo natural, cuyo difunto padre fuera hijo legítimo, no tiene derecho alguno á la herencia de su abuelo, aunque éste muera sin descendientes legítimos que le sobrevivan, no tan sólo porque el art. 943 del Código civil niega al hijo natural derecho á suceder abintestato á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que le haya reconocido y por lo mismo al abuelo, y porque dentro del orden de suceder establecido para los hijos naturales y sus descendientes en los arts. 939 al 944, no tiene lugar el nieto natural cuyo padre fuese legítimo, sino muy especialmente atendida su directa aplicación al caso, porque heredando los hijos al padre por derecho propio, y por el de representación los nietos á su abuelo, según los arts. 932 y 933; este derecho tan sólo está concedido á los nietos y descendientes legítimos cuando el cabeza de la línea recta descendente sea un hijo legítimo, conforme á una doctrina secular admitida por nuestro Código como base del orden de suceder que el mismo establece, y especialmente sancionada por el art. 931, donde se da por supuesto que los descendientes llamados á suceder por tal línea han de ser hijos de legítimo matrimonio.

Suceden, pues, á falta de padre y madre, los hermanos naturales. Pero los hijos legítimos del padre natural del causante, aunque hermanos naturales de éste, son excluídos de su sucesión por el art. 943, rectamente interpretado en la sentencia de

24 de Junio de 1897, cuya doctrina hemos expuesto en el comentario de dicho artículo.

Parece á primera vista anómala esta disposición: sin embargo, tiene su fundamento racional. Como dice Laurent, en primer lugar los hermanos naturales, por su cualidad de hijos naturales, son excluídos en la herencia de los parientes legítimos, mientras que los hermanos legítimos gozan de todos los beneficios de la legitimidad. Además, la opinión pública abre un abismo entre los hijos legítimos y los hijos naturales de un mismo padre; éstos son arrojados de la casa paterna, tratados de bastardos y despreciados: sería inicuo entregar los bienes dejados á su muerte por el bastardo á los que le despreciaron mientras vivió.

En Francia, sin embargo, el art. 766, en caso de morir el hijo natural sin descendientes y sin padre ni madre, los bienes procedentes de éstos pasan á los hermanos y hermanas legítimos, en virtud de un derecho de devolución análogo al establecido en nuestro art. 812.

Fuera de los arts. 944 y 945, no existe otro alguno en el Código que se ocupe de la sucesión intestada del hijo natural. En vista de esto y de cierta dificultad que se nota al aplicar el artículo 945, por referirse en general á las reglas establecidas para la sucesión de los hermanos legítimos, cabe preguntar: Los hermanos naturales, ¿forman el último llamamiento en la sucesión del hijo natural? ¿No serán admitidos á dicha herencia sus descendientes, ni aun sus hijos, aunque éstos concurran con sus tíos? ¿Recibirán por analogía doble porción los hermanos naturales de doble vínculo? ¿El cónyuge del hijo natural y el Estado serán excluídos de la sucesión?

Estas preguntas pueden ser fácilmente contestadas en su mayoría. La única que ofrece dificultad es la relativa á los hijos de los hermanos naturales.

Refiérese el art. 945 á las reglas establecidas en el Código para la sucesión de los hermanos legítimos, y desde luego observamos que éstas son distintas, según que los hermanos sean ó

no de doble vínculo, y según que concurran solos ó con hijos de otros hermanos á la sucesión.

Los hermanos naturales pueden proceder todos del mismo padre y de la misma madre, ó solamente de uno de ellos. De aquí que quepa la existencia de un doble vínculo natural por completo análogo al doble vínculo legítimo, y que sea natural, justo y enteramente conforme á lo ordenado en el art. 945 aplicar á los hermanos naturales lo dispuesto para los legítimos en los arts. 947, 949 y 950. Si, pues, los hermanos naturales que concurren son de la misma clase, por proceder todos de un mismo padre y madre, ó todos de un mismo padre ó de una misma madre, heredarán por partes iguales, dividiéndose la herencia por cabezas. Si los hermanos proceden unos de padre y madre y otros sólo de parte del padre ó de la madre, aquéllos recibirán doble porción que éstos en la herencia.

Fuera de estas reglas es dudoso que existan otras en la sucesión de los hermanos naturales. Llama á éstos el art. 945, no á ellos y sus descendientes, lo cual no deja de ser significativo. Las reglas de los arts. 948 y 951 se refieren al caso de concurrir hermanos con sobrinos, y el art. 945 sólo se refiere á las reglas establecidas para la sucesión de los *hermanos* legítimos, no de los hermanos y sobrinos.

Pero al hermano natural muerto, ¿no podrán representarle sus hijos legítimos? Ya que no por derecho propio, ¿no podrían heredar los sobrinos naturales por representación? ¿Es justo que existiendo esos sobrinos vayan á parar los bienes al Estado? Parece que, en efecto, sería justo llamar á los sobrinos naturales antes que al Estado, y que debía otorgárseles el derecho de representación cuando concurran con sus tíos naturales; pero la ley no lo dice: de su texto se desprende precisamente lo contrario.

El art. 925 no es aplicable: «En la línea colateral, dice, sólo tendrá lugar el derecho de representación en favor de los hijos de hermanos.» Este precepto sólo puede interpretarse, como lo hemos hecho, guiados por la costumbre siempre seguida por el

legislador de referirse á la familia legítima, cuando no añade calificativo alguno. Creemos, pues, que el art. 925 no favorece el derecho de los sobrinos naturales.

Los arts. 940 y 941 expresamente conceden la representación á los descendientes del hijo natural, lo que prueba que el legislador no creyó que les fuese aplicable, ó al menos no estimó suficiente á establecer su derecho el precepto del párrafo 1.º del art. 925. Con relación á los hijos de los hermanos naturales no existe un precepto análogo, ¿qué más? ni siquiera los nombra el legislador.

Además, en la sucesión intestada el derecho á suceder es, por regla general, recíproco; los hermanos naturales del padre no heredan á sus subrinos; los sobrinos no tienen por qué heredar á sus tíos, hermanos naturales de su padre. A su vez, para el derecho de representación sería preciso un precepto claro de la ley, como existe con relación á los descendientes legítimos del hijo natural en los arts. 940 y 941. Tal precepto no existe; al contrario, la ley sólo llama al hermano natural, sólo á las reglas relativas al hermano legítimo se refiere; los sobrinos naturales no tienen, pues, derecho á heredar abintestato al hijo natural, ni por derecho propio, ni en virtud del derecho de representación.

No cabe, pues, hablar tampoco de derechos sucesorios respecto á los demás parientes colaterales naturales del hijo natural, ni respecto á los hijos naturales del hermano natural.

QUINTO. *El cónyuge sobreviviente.*

A falta de hermanos naturales es llamado á la sucesión el cónyuge sobreviviente. En este punto no existe duda alguna. La cualidad de hijo natural es al efecto indiferente. El vínculo del matrimonio es tan santo y solemne cuando enlaza á un pariente natural como cuando enlaza á un pariente legítimo, y, por tanto, el art. 952, que llama á la sucesión de una persona al cónyuge, ha de aplicarse en todo caso, ya sea esa persona hijo legítimo, hijo natural ó hijo adulterino, porque al llamarle no se funda la ley en ninguna clase de parentesco, sino en el

matrimonio, que liga al causante con el esposo ó la esposa que le sobrevivió.

A falta de los padres son llamados los hermanos naturales á la sucesión intestada del hijo natural, según el art. 945; luego sólo á falta de hermanos naturales puede venir el cónyuge á la sucesión. Ahora bien: tan hermano natural es el que procede de los mismos padres, como el que sólo procede del padre ó de la madre que reconoció al hijo. Todos son preferidos al cónyuge con arreglo al texto legal.

Es claro que los hermanos naturales han de haber sido reconocidos ó legitimados por concesión Real, y que sólo puede heredar el cónyuge sobreviviente que no estuviere separado del difunto por sentencia firme de divorcio.

El art. 953 también debe estimarse aplicable á la sucesión por muerte del hijo natural.

SEXTO. *El Estado.*

A falta del cónyuge, y puesto que todos los colaterales naturales son excluídos de la sucesión fuera de los hermanos, la ley defiere la herencia al Estado, conforme al art. 956. En este punto tampoco existe duda, ya que no se trata de parentesco legítimo ó natural, y no hay otras personas con derecho á la herencia.

Derecho transitorio.—Estimamos aplicable la regla 12 transitoria. Muerto el causante después de regir el Código, la sucesión por fallecimiento del hijo natural ha de regularse por lo dispuesto en los artículos 944 y 945, sin preferencia en los hermanos por parte de madre, sobre los que lo son por parte de padre, ni entre éstos en los procedentes de legítimo matrimonio sobre los demás, puesto que en realidad el derecho de todos nace del fallecimiento del causante. Así se reconoce en la sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 24 de Junio de 1897.

***

Otros hijos ilegítimos.—En la sucesión intestada la ley no se ocupa de ellos, ni en cuanto á su derecho á suceder, ni en cuan-

to á las personas que, con arreglo á derecho, deben recibir su herencia.

Respecto á lo primero, es evidente que no son llamados á la sucesión, ni aun á la de sus padres, y que sólo tienen derecho á alimentos, siendo transmisible la obligación á los herederos, de quien deba prestarlos, aplicando por analogía el art. 845, que, aunque colocado en la sucesión testamentaria, muestra claramente el criterio del legislador en esta cuestión. Este derecho es tan evidente y tan clara su razón, que por nadie se podrá negar. Después de todo, el art. 845 está redactado en términos generales: todo heredero, testamentario ó legítimo, forzoso ó voluntario, recibe con la herencia la obligación de cumplir el sagrado deber de alimentar á los hijos que tenía el causante, fuese la que fuese la mancha de su origen.

En cuanto al orden de suceder al fallecimiento de un hijo ilegítimo no natural, véanse las ideas generales al principio del capítulo del Código que examinamos. Queda reducido á sus descendientes, con preferencia de los legítimos, á su cónyuge y al Estado. No caben otros llamamientos, ni esos pueden ofrecer motivo de duda.

Concordancias.—El art. 944 de nuestro Código concuerda literalmente con el 3584 del de la República Argentina, en cuyo solo artículo regula la sucesión de los padres naturales.

Bolivia no tiene concordante expreso con ninguno de los preceptos de nuestro derecho objeto de este comentario. Solamente en su art. 619 dispone que los derechos de sucesión entre ascendientes y descendientes son recíprocos.

Chile (art. 993), Colombia (art. 1050) y Ecuador (art. 983), regulan la sucesión de los padres y hermanos naturales con el mismo criterio que el Código español.

Guatemala, en su art. 973, según la nueva redacción del 176 del Decreto de Reformas, también concuerda con nuestro Código. Al efecto establece que los padres serán herederos abintestato de sus hijos ilegítimos reconocidos, si éstos no tienen descendientes legítimos ni ilegítimos con derecho á heredar, y con res-

pecto á los hermanos (art. 980), heredan en segundo lugar, tanto paternos, como maternos, si el difunto hubiere sido hijo ilegítimo reconocido por el padre.

Honduras (arts. 1077 y 1078), transcribe literalmente sus equivalentes 944 y 945 del Código patrio.

Más extensamente el Código civil de Méjico consigna que los ascendientes, aun cuando sean ilegítimos, tendrán los derechos sucesorios que concede la ley al parentesco legítimo, siempre que hayan reconocido á los descendientes de cuya sucesión se trate, pero con la limitación de que si el reconocimiento se verifica después que el descendiente ha heredado ó adquirido derecho de una herencia, ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho alguno á la herencia del reconocido, y sólo pueden pedir alimentos, que se les concederá conforme á la ley (artículos 3616 y 3617). A falta de ascendientes y descendientes suceden los hermanos naturales, y á falta de éstos los espurios, unos y otros legalmente reconocidos (art. 3623 del precitado Código mejicano).

Idénticas disposiciones contiene el Código del Perú: el padre es heredero forzoso de su hijo natural reconocido, si éste no tiene descendientes legítimos ni ilegítimos con derecho á la herencia (art. 903), estableciendo las mismas reglas que el español para la sucesión de los hermanos naturales (art. 910, reglas 1.ª y 2.ª).

El Salvador llama á la sucesión al padre natural que haya reconocido voluntariamente á su hijo y con tal que éste haya aceptado el reconocimiento (art. 993, núm. 2.º).

Uruguay llama en segundo lugar á los padres naturales, y si uno sólo de ellos le ha reconocido con las formalidades legales, éste sólo heredará. En cuarto lugar suceden los hermanos naturales, toda vez que son propuestos al padre ó madre adoptivos que ocupan el tercero en el orden de llamamientos (art. 1004, párrafos 3.º, 4.º y 5.º).

Venezuela expresa la modalidad de que á falta de cónyuge los ascendientes naturales heredan en la totalidad de la heren-

cia, excluyendo el más próximo al más remoto, es decir, admite la concurrencia en toda la línea recta ascendente; pero del mismo modo que en nuestro derecho concurren los hermanos á la herencia del hijo natural (art. 729, párrafos 4.º y 7.º).

SECCIÓN CUARTA

DE LA SUCESIÓN DE LOS COLATERALES Y DE LOS CÓNYUGES

ARTÍCULO 946

A falta de las personas comprendidas en las tres secciones que preceden, heredarán los parientes colaterales y los cónyuges por el orden que se establece en los artículos siguientes.

Llama este artículo á la herencia, á falta de las personas comprendidas en las tres anteriores secciones, á los parientes colaterales y á los cónyuges.

Las personas comprendidas en las tres secciones anteriores, son los descendientes legítimos, los ascendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, por sí mismos ó representados por sus descendientes legítimos.

La misma sección 3.ª habla del padre ó madre natural, y de los hermanos naturales; pero á esas personas no alude el artículo 946, pues sólo son llamadas excepcionalmente ó en la sucesión especial del hijo natural, mientras que la sección cuarta vuelve á tratar de la familia legítima.

Con los colaterales y el cónyuge, la ley forma en los artículos 947 al 955 tres órdenes de sucesión.

I. Los hermanos é hijos de hermanos (artículos 927 y 947 al 951).

II. El cónyuge sobreviviente (arts. 952 y 953).

III. Los parientes colaterales, distintos de los hermanos é hijos de hermanos, hasta el sexto grado (arts. 954 y 955).

ARTÍCULO 947

Si no existieren más que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales.

ARTÍCULO 948

Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes.

ARTÍCULO 949

Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia.

ARTÍCULO 950

En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes.

ARTÍCULO 951

Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas ó por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

SUCESIÓN DE LOS HERMANOS É HIJOS DE HERMANOS.—*Precedentes.*—FUERO REAL.—Libro 3.°, tít. 6.°

Ley 12.ª «Otrosí, si alguno de los hermanos que fueren de padre é de madre, muriere sin herederos y manda no ficiere, los otros sus hermanos que fueren de padre é de madre, hereden toda su buena; é si fueren hermanos de sendos padres, ó de sendas madres, cada uno de los hermanos hereden la buena de

su hermano de lo que le vino del padre ó de la madre, de que son hermanos; é si alguna ganancia fizo el muerto de otra parte, los otros hermanos pártanla de consuno comunalmente.»

Ley 13.ª «Si el que muriere sin manda é herederos naturales, hobiere sobrinos fijos de hermanos ó de hermanas por más propincuos, todos partan la buena del tío ó de la tía por cabezas, maguer que del un hermano sean más que sobrinos del otro; ca pues iguales son en el grado, iguales deben ser en la particion; y esto mismo sea de los primos ó dende ayuso que hobieren derecho de heredar lo del muerto.»

PARTIDAS.—Partida 6.ª, tít. 13.

Ley 5.ª Véase en el art. 927. Después añade: «E sobre todo dezimos, que si éste que assi muriesse ouiesse otros hermanos que non le pertenesciessen, si non de parte de su madre ó de su padre, que éstos, nin los fijos dellos, non deuen auer herencia del finado con los hermanos que le pertenescen de parte de padre é madre, nin con los fijos dellos si los padres fuessen muertos.»

Ley 6.ª «Hermanos de padre tan solamente é otro de madre auiendo aquel que muriesse sin testamento, si non dexasse otro pariente ninguno que heredasse lo suyo, de los que descienden ó suben por la liña derecha, estonce dezimos que en tal caso como éste, el hermano que le pertenesciesse á éste atal de padre tan solamente, ése heredará todos los bienes del defuncto que le vinieren de parte de su padre, é el hermano que le perteneciesse de parte de la madre, esse heredará otrossí todos los bienes que le vinieren de parte de su madre, é los bienes que atal defuncto como éste ouiesse ganado por otra manera qualquiera, amos los hermanos sobredichos los partirán egualmente.»

Ley 8.ª de Toro. Véase en el art. 927.

Comentario.—A lo que disponen los arts. 947 á 951 sirve de complemento esencial lo preceptuado en el 927.

Pueden concurrir á la herencia hermanos solos, sobrinos solos, ó hermanos con sobrinos.

A) *Hermanos solos.* — Pueden concurrir hermanos de doble

vínculo, medio hermanos nada más, ó hermanos de doble vínculo con medio hermanos ó hermanos de vínculo sencillo.

a) *Hermanos de vínculo doble.*—Son hermanos de doble vínculo los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Nos referimos al comentario del art. 920.

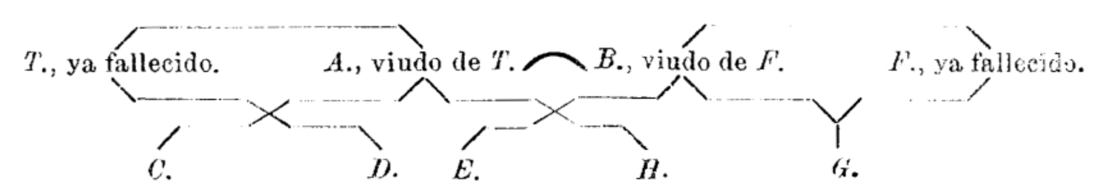
Regula la sucesión de los hermanos de doble vínculo el artículo 947.

La regla no puede ser más sencilla. Suceden por derecho propio, y dividen la herencia por cabezas, ó sea por partes iguales.

No suceden siempre en toda la herencia, pues si con ellos concurre cónyuge, ha de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 853.

b) *Medio hermanos.*—Las segundas y posteriores nupcias de una persona, dan lugar al parentesco de los medio hermanos, cuyo parentesco sólo se refiere á proceder del mismo padre ó de la misma madre.

Para las explicaciones posteriores nos valdremos del siguiente árbol de parentesco.



A., viudo de *T.*, y con dos hijos, *C.* y *D.*, se casa con *B.*, de cuyo matrimonio nacen otros dos hijos, *E.* *H.* Estos dos son hermanos de doble vínculo, porque ambos proceden de *A.* y de *B* ; *C.* y *D.* también lo son, porque ambos proceden de *A.* y de *T.* Pero *C.* y *D.*, respecto á *E.* y *H.*, sólo son medio hermanos, porque aunque tuvieron el mismo padre, su madre fué distinta. Si *B.*, viuda de *F.*, al contraer matrimonio con *A.*, hubiera tenido un hijo *G.*, éste no tendría parentesco alguno con *C.* y *D.*; pero también sería medio hermano de *E.* y de *H.*, por proceder los tres de la misma madre.

Si suponemos la muerte de *G.* sin descendientes, ascendientes ni hijos naturales, no teniendo hermanos de doble vínculo,

son llamados á su herencia sus medio hermanos *E.* y *H.*, los cuales se dividen la herencia por iguales partes con arreglo al artículo 950.

Ahora bien: si muriese *E.* en vez de *G.*, siendo con relación á él indigno su hermano de doble vínculo *H.*, que carece de hijos, sólo quedan medio hermanos: *G.*, por parte de madre, y *C.* y *D.*, por parte de padre, y los tres se dividirán el caudal por partes iguales. Este es el caso previsto también en el art. 950.

«Sin ninguna distinción de bienes», añade dicho artículo: Con estas palabras se excluye la división por líneas, aceptada en otros códigos, y se borra la distinción de los bienes en propios y adquiridos. Los bienes procedentes de la línea paterna, pasan según otras legislaciones, y correspondían según el Fuero Real y las Partidas, á los hermanos por parte de padre; los procedentes de la madre, ó de parientes de su línea, á los hermanos por parte de madre; y los ganados por el causante con su trabajo ó industria, suelen dividirse en tal sistema por mitad entre ambas líneas, dándose en el ejemplo expuesto: una mitad á *G.*, y la otra mitad á *C.*, y á *D.* por partes iguales. Véanse, en su lugar, Aragón, Navarra y Francia.

Nuestro Código no admite tales distinciones. Los bienes muebles é inmuebles, propios ó adquiridos del causante, se dividen con igualdad, teniendo sólo en cuenta el número de los medio hermanos, procedan todos del mismo padre, todos de la misma madre, ó unos del mismo padre y otros de la misma madre.

c) Hermanos de doble vínculo con medio hermanos.—El artículo 949 determina que si concurren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia. No excluyen, pues, los hermanos de doble vínculo á los de vínculo sencillo, como ocurría en nuestra antigua legislación; pero el legislador estima justo dar á aquéllos doble porción que á éstos en la herencia.

En efecto, esta disposición es justa y lógica. En el ejemplo antes expuesto, *H.*, medio hermano de *C.*, por parte de padre, y de *G.*, por parte de madre, á la muerte del primero, recibe una

porción de su herencia por ser pariente de la línea paterna, y á la muerte del segundo recibe otra porción de su herencia por ser pariente de la línea materna. Natural es que si muere su hermano de doble vínculo *E.*, así como *C.* y *G.* reciben cada uno de ellos una porción por razón de su línea respectiva, reciba *H* una porción igual á la de *C.* por proceder como él de la línea paterna, y otra porción igual á la de *G.*, por proceder como éste de la linea materna; en suma, una porción doble de la de cada uno de ellos, como ordena el art. 949.

Si el caudal es, pues, de 50.000 pesetas, cada hermano de doble vínculo debe contarse como dos medio hermanos, y dividiendo el importe del caudal por el número de medio hermanos, verdaderos ó supuestos, que hayan de heredar, se tendrá la porción correspondiente á cada uno. Muerto *E.* deben heredarle su hermano de doble vínculo *H.*, sus medio hermanos por parte de padre *C.* y *D.*, y su medio hermano *G.* por parte de madre. Contando á *H.* por dos, se dividirá 50.000 por cinco, correspondiendo á cada medio hermano 10.000 y á *H.* 20.000 por razón de su doble parentesco.

Creemos indudable que el art. 949 debe ser interpretado del modo que queda expuesto. Sin embargo, su letra autoriza una interpretación distinta: al decir aquéllos (los hermanos de padre y madre), tomarán doble porción que éstos (los medio hermanos), y no cada uno de aquéllos doble porción que cada uno de éstos, como sería lo procedente, parece indicar que deberá hacerse tres partes de la herencia, dando una de ellas á los medio hermanos y las otras dos á los hermanos de doble vínculo, sea el que fuere el número de aquéllos y de éstos. Con tal sistema, el resultado de la partición depende exclusivamente del número de herederos en cada grupo, pudiendo ocurrir que cada medio hermano reciba doble porción hereditaria que cada hermano de padre y madre. Si el caudal son 30.000 pesetas, cuatro los hermanos de doble vínculo, y un hermano de vínculo sencillo, éste tomará 10.000, y cada uno de aquéllos 5.000, resultado que condena el sistema por absurdo y contraproducente.

Cuando heredan solamente hermanos, la división se verifica por cabezas, y bajo esta base ordena el art. 949 que los de doble vínculo tomen doble porción que los de vínculo sencillo. Y es que no con relación al grupo, sino con relación á cada individuo dentro de cada grupo, el fundamento del precepto consiste, prescindiendo de la investigación de los bienes que proceden de cada línea, en suponer que de la herencia del hermano fallecido, cada uno de los herederos de doble vínculo tiene derecho á dos partes iguales, una por su parentesco por línea paterna, y otra por el que le corresponde en la línea materna, mientras que cada uno de los herederos de vínculo sencillo, sólo tiene derecho á una de esas partes, la derivada de su línea respectiva, siempre bajo la base de proceder la división no por líneas ó grupos, sino por cabezas.

De todos modos, conviene que en la primera revisión del Código se mejore la redacción del art. 949, puesto que, como es fácil observar, con la actual cabe fundadamente sostener que la división procede por grupos y no por personas.

B) *Hijos de hermanos solos.*—Concurren solos á la herencia los sobrinos hijos de hermanos: 1.º Cuando no queden hermanos por haber fallecido antes que el causante. 2.º Cuando el hermano único ó todos los hermanos han renunciado la herencia. 3.º Cuando dichos hermanos son incapaces ó indignos.

Siempre que los hijos de hermanos concurran solos á la herencia, dividirán ésta, según el art. 927, por partes iguales, lo que prueba que son llamados á la sucesión por derecho propio, y no en representación de sus padres respectivos.

La ley sólo admite la representación cuando concurren con hermanos, á fin de que éstos no sean perjudicados por el excesivo número de sobrinos en alguna rama. Pero no habiendo hermano que pueda ser perjudicado, estima que todos los sobrinos deben tener iguales derechos, puesto que todos se hallan en igual grado de parentesco. Si, pues, á la herencia concurren seis sobrinos, uno de ellos, hijo de un hermano, y los cinco restantes, hijos de otro, prescindiendo de su procedencia, se dividirá el

caudal en seis partes iguales; una para cada uno de los sobrinos.

En esto no hay dificultad. Puede haberla en el caso de concurrir sobrinos de doble vínculo con sobrinos de vínculo sencillo. ¿Recibirán aquéllos doble porción, ó se hará la división por igual, como dice el art. 927, prescindiendo de esa circunstancia? Dicho artículo se limita á negar el derecho de representación á los sobrinos cuando no concurren con sus tíos á la sucesión. No creemos que puede darse más alcance á la frase: «heredarán por partes iguales.»

No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, dice el art. 954, la sucesión se verificará sin preferencia alguna por razón del doble vínculo. Luego si hay hijos de hermanos, el doble vínculo se tendrá en cuenta. Creemos fundada esta deducción á falta de un precepto más claro que no se encuentra en los arts. 948 ni 951, pero que también resulta del contenido del art 921.

Así, pues, al concurrir sobrinos de doble vínculo con medio sobrinos, aquéllos recibirán doble porción que éstos en la herencia, ó se contarán cada uno como dos en la división.

Esta doctrina ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Enero de 1895, cuyos considerandos transcribimos, por contener un autorizado comentario de los varios artículos del Código que se relacionan con esta cuestión.

«Considerando que si bien el Código civil, en su art. 927, establece que los sobrinos heredarán por partes iguales, es notorio que lo hace distinguiendo el caso en que concurran solos, de aquel en que concurriendo con hermanos de su padre ó madre, tiene lugar el derecho de representación; derecho á que está exclusivamente dedicada la sección 3.ª, capítulo, título y libro terceros de dicha Compilación, en que el mencionado artículo está comprendido.

»Considerando que además de que con ello no hace otra cosa que dar aplicación al caso á que se refiere, de la regla general ya establecida en el 921 al fijar los derechos que á la sucesión intestada señala al parentesco, regla según la cual los que se hallaren en el mismo grado sucederán por partes iguales, es lo

cierto que este mismo artículo establece como excepción de la repetida regla lo que titula el doble vínculo que explica en el artículo precedente, y cuyo desenvolvimiento y alcance precisa después en la sección 4.ª del capítulo siguiente.

»Considerando que, según el art. 949 á que expresamente se refiere el antes mencionado 921, si concurriesen hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia, y según el 947 y 950, partes iguales si concurren sólo los de una ú otra clase.

»Considerando que, conforme al 951, los hijos de los medio hermanos heredarán por cabezas ó por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

»Considerando que siendo esto así, y aquéllas las reglas á que ha de ajustarse la sucesión respecto á los referidos hijos de medio hermanos, ya lo hagan por cabezas ó ya por estirpes, parece fuera de duda que en el primer caso, ó sea cuando concurran con los que lo sean de hermanos de doble vínculo, han de recibir éstos doble porción que aquéllos, en el concepto unos y otros de por su propio derecho, y que cuando concurran con tíos, hermanos de esta última clase, deben á su vez percibir, por virtud del derecho de representación, lo que correspondía á su padre si viviese:

»Considerando que el texto explícito del art. 954 confirma más y más esta interpretación, puesto que viene á señalar el límite de la distinción dimanante del doble vínculo, al establecer que no se tenga en cuenta la preferencia que éste motiva, cuando no habiendo hermanos ni hijos de hermanos, vengan á la sucesión los demás parientes colaterales á quienes llama en su defecto, lo cual implica que al establecer esta novedad en nuestro derecho positivo, ha entendido oportuno el legislador hacerla extensiva, no sólo á los hermanos, sino también á los hijos de éstos.»

C) *Hermanos con hijos de hermanos.*—Forma la regla el artículo 948, en relación con el 927, y á ambos alude el 951 al ocuparse de los hijos de los medio hermanos, con las palabras «según las

reglas establecidas para los hermanos (hijos de hermanos) de doble vínculo.»

Concurriendo, por lo tanto, hermanos ó medio hermanos con hijos de unos ó de otros, los primeros heredan por derecho propio, y los segundos por derecho de representación.

En virtud del derecho de representación, cada grupo de hijos de hermanos de doble vínculo tomará la parte que hubiera correspondido á su padre si hubiera vivido ó podido ó querido heredar, y por lo tanto, doble porción que cada uno de los grupos de sobrinos que representen á medio hermanos.

Ya expresa el art. 925 que los nietos de hermanos no pueden representar á éstos.

Derecho transitorio.—Véase la regla 12 transitoria, que es la que juzgamos aplicable.

Concordancias.—Sin perjucio de referirnos á las disposiciones de los Códigos extranjeros examinadas al principio del capítulo y en los arts. 927 y 943, concuerdan con los que son objeto de este Comentario, el Código civil de la Argentina que en limitados preceptos (arts. 3585 á 3587) expone la teoría general de la sucesión de los colaterales, reconociendo iguales derechos que el nuestro á los hermanos y medio hermanos y á los sobrinos por representación cuando concurran con sus tíos. Más minucioso, en este particular, el de Bolivia, establece los siguientes órdenes de prelación: 1.º Los hermanos legítimos de padre y madre y sus hijos, en su caso, son preferidos á los hermanos legítimos de parte de padre ó madre solamente. 2.º Cuando concurran hermanos paternos legítimos ó sus hijos con hermanos maternos legítimos ó sus hijos, aquéllos heredarán los bienes que el difunto hubiese adquirido de su padre, y éstos los que hubo por su madre, dividiendo igualmente los demás, que no fuesen de esta calidad. 3.º La preferencia establecida en el caso 1.º es personal é inherente á solo éstos y sus hijos cuando los representen, y de ningún modo transmisible á los sobrinos sin tíos, ni á los demás parientes que heredarán según su mayor proximidad sea ó no doble el vínculo de su parentesco. 4.º

Concurriendo los sobrinos con sus tíos á la sucesión de otro tío, heredarán aquéllos por estirpes (arts. 626 al 629), Aparte Chile (artículo 992), Colombia (art. 1049) y Ecuador (art. 982), ofrecen las modalidades generales de nuestro derecho en virtud de los siguientes principios: El colateral más próximo, excluye al más remoto. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre ó por parte de madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción ó sean los que á la vez son parientes del difunto por parte de padre y de madre.

Guatemala establece las siguientes reglas en la sucesión de los hermanos (art. 955). 1.ª De los bienes que el difunto deje, habidos por parte de padre, se partirán tan sólo los hermanos de padre. 2.ª De los bienes por parte de madre, se partirán entre los hermanos uterinos. 3.ª Los demás bienes se dividirán con igualdad entre todos sus hermanos. Respecto á los sobrinos no contiene variación alguna en la sucesión con sus tíos.

Honduras, como es sabido, reproduce literalmente los preceptos del Código español (arts. 1080 al 1083), y Méjico, en sus correspondientes 3619 á 3622, salvo ligerísimas variantes de redacción concuerdan con nuestro derecho.

El Salvador se limita á determinar el orden de los llamados á la sucesión intestada, y por lo que afecta á los hermanos no contiene sino el principio general aplicable á los colaterales (artículo 993).

Perú se inspira en las disposiciones del Código de Guatemala anteriormente relacionadas (art. 878), Uruguay guarda estrecha armonía con los de Chile, Colombia y Ecuador (artículo 1003), sin que contenga respecto de aquéllos modificación alguna digna de interés y, últimamente, el Código civil de los Estados Unidos de Venezuela, con su habitual laconismo, determina los mismos órdenes y prelación en esta materia que los códigos hermanos de Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay (artículo 228).

ARTÍCULO 952

A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean ó no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviese separado por sentencia firme de divorcio.

ARTÍCULO 953

En el caso de existir hermanos ó hijos de hermanos, el viudo ó viuda tendrá derecho á percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837.

SUCESIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. — *Precedentes.*—La ley 6.ª, tít. 13, Partida 6.ª, llamaba al viudo ó viuda á la sucesión intestada de su difunto consorte, cuando no hubiese parientes dentro del décimo grado.

La ley de 16 de Mayo de 1835, adelantando un gran paso, concedió al cónyuge sobreviviente el derecho de suceder en toda la herencia, á falta de colaterales dentro del cuarto grado y de hijos naturales ó descendientes de éstos, pero entendiéndose que á su muerte debían volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales correspondientes del quinto al décimo grado. Aparte de esto, la viuda pobre tenía derecho á la cuarta marital.

Véase cuanto queda expuesto al tratar de la sucesión testamentaria, arts. 834 á 839; lo relativo á este orden especial de suceder, según la legislación anterior, en el tomo 5.º de esta obra, pág. 233, 1.ª ed., y 235, 2.ª ed., y cuanto á este particular, y á la necesidad y justicia de la reforma se hizo constar en las ideas generales sobre la sucesión intestada y los diversos órdenes de suceder.

Véase también en sus lugares oportunos la legislación foral y extranjera, en cuanto se relaciona con esta materia.

Comentario. — De la combinación de los arts. 952 y 953 resulta que, habiendo cónyuge, los hermanos é hijos de hermanos

no son llamados á toda la herencia, sino á una mitad de ella en pleno dominio, correspondiéndoles sólo la nuda propiedad en la mitad restante.

En efecto: en concurrencia con hermanos ó sobrinos, señala el art. 837 al cónyuge viudo como legítima en la sucesión testamentaria la mitad de la herencia en usufructo, y ese derecho ha de respetarse también en la sucesión intestada por expresa y terminante declaración del art. 953.

No existiendo hermanos ni medio hermanos ni hijos de ellos el art. 952 defiere toda la herencia en pleno dominio al cónyuge sobreviviente, no separado por sentencia firme de divorcio.

Nos referimos al comentario del art. 834, en todo lo que hace relación á los efectos del divorcio, de la nulidad del matrimonio ó de la realización de éste contra la prohibición legal, en cuanto á los derechos concedidos por la ley al cónyuge en la sucesión de su difunto consorte, así como á lo demás relacionado con esta materia.

Aunque aquí se trata de la sucesión intestada, cabe que el cónyuge haya sido desheredado. En este caso, que equivale al de muerte ó indignidad, los hijos que pueda tener, procedentes de distinto matrimonio, no pueden representarle.

Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada cuando concurre con descendientes ó ascendientes legítimos, ó hijos naturales reconocidos.—Inútilmente se busca en el Código un artículo que salve los derechos legitimarios del cónyuge viudo ó le conceda algo en la sucesión intestada de su difunto consorte, cuando quedan descendientes ó ascendientes legítimos, hijos ó padres naturales. Tal artículo no existe.

De aquí que se hayan manifestado opiniones diversas, creyendo unos que no hace falta declaración alguna expresa á su favor, y que aun sin ella, ha de otorgárseles la legítima marcada en los arts. 834, 836 y 837; juzgando otros que existe en el Código una omisión inexplicable, y hasta estimando algunos que no existe tal omisión, y que conscientemente se niega al cónyuge en la sucesión intestada todo derecho, cuando son llamados

dichos descendientes ó ascendientes legítimos, hijos ó padres naturales.

Que en el seno de la Comisión Codificadora quedó acordado conceder al cónyuge el derecho á su legítima en todo caso, muriendo su consorte con testamento ó sin él, es un hecho indudable y expresamente consignado por el Sr. Alonso Martínez en su notable obra sobre el Código civil en su relación con las legislaciones forales.

Que la base 17 se redactó inspirándose en esa misma idea, lo prueban los términos generales en que aparece expresada y la alusión que hace á las legislaciones forales: «Se establecerá á favor del viudo ó viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden», pero limitando su cuantía cuando queden hijos. No se limita el derecho ó no quiso limitarse á la sucesión testamentaria.

Que los arts. 834 á 839 están dictados expresamente con relación á la sucesión testada, es cosa evidente por el lugar que ocupan en el Código y por los términos que en su redacción se emplean.

Después de esto, ni un solo artículo en la sucesión intestada, referente al derecho del cónyuge en concurrencia con descendientes ó ascendientes, y dos artículos, el 942 y el 953, que más sirven para negarles legítima en tales circunstancias que para concedérsela, porque salvar *en todo caso* el derecho de los hijos naturales, y salvar ese derecho con relación al cónyuge *sólo en el caso* de concurrir con hermanos ó sobrinos del difunto, demuestra que no se trata de un olvido ni de una omisión, que el legislador tuvo presente la cuestión y la resolvió como creyó conveniente. La conclusión podrá parecer absurda, pero es lógica.

Un autor respetable entiende que, siendo *un usufructo* la legítima concedida al cónyuge viudo, no necesitaba la ley hacer un llamamiento especial á su favor, pues lógicamente debió sólo ocuparse de los herederos propietarios: «El viudo ó viuda, dice, tiene únicamente un usufructo, es decir, una porción de bienes

que no se adjudica, y que á su muerte pasa á determinados herederos, los que, por ministerio de la ley, adquieren la propiedad desde el fallecimiento del causante. De aquí que si la ley no concede al cónyuge viudo otra participación que un derecho de usufructo, ¿cómo es posible que lo llame á participar en concurrencia con los otros herederos? Lo lógico y natural es que en la sucesión intestada se fije quiénes son los llamados á heredar *en propiedad* y no en usufructo, porque de lo contrario, resultaría que á la muerte del viudo no podría saberse á quién correspondían los bienes que hubiese él poseído».

Seguramente este argumento no convencerá á nadie si estudia el Código civil. Por una parte, en los arts. 834 á 839, se fija el derecho del cónyuge viudo en concurrencia con toda clase de herederos propietarios, y no por ser aquel derecho un simple usufructo, creyó el legislador que debía prescindir de él; con esto se siguió el camino más lógico y natural, que no es ciertamente omitir los derechos que quieren concederse, cualquiera que sea su naturaleza, sino expresarlos dándoles la extensión que les corresponda. ¿Quién dudaría de la persona de los herederos nudo propietarios diciéndolo la ley con toda claridad? Por otra parte, si las razones alegadas fuesen ciertas, sobraría el artículo 953, con el cual el legislador tampoco falta á la lógica, y sin embargo de tratarse del mismo derecho de usufructo, lo consigna, probando con ello que el no fijarlo cuando el cónyuge concurre con descendientes ó ascendientes, no es porque del usufructo sea natural prescindir en el llamamiento de herederos.

Las razones que justifican la admisión del cónyuge viudo en la sucesión intestada, aun en concurrencia con ascendientes ó descendientes, son la misma naturaleza del derecho de legítima y su íntima relación con dicha intestada sucesión. La ley es la que concede la legítima y la que designa los herederos legítimos. La sucesión legítima procede, á falta de la testamentaría, cuando el causante no ha manifestado su última voluntad, interpretando esta voluntad queriendo conformarse con ella y disponien-

do lo que el mismo causante se presume que hubiera dispuesto si hubiera llegado á testar. La legítima es mucho más que eso; es la voluntad de la ley imponiéndose á la voluntad del testador, y obligándole á dejar una parte de sus bienes á determinadas personas, esté ó no conforme el dueño con esa obligación. Si aun manifestando el testador su voluntad contraria al derecho del cónyuge viudo, la ley se lo otorga y reconoce en la sucesión testamentaria, ¿cómo no ha de otorgárselo y reconocérselo cuando el causante no se opone, cuando muere sin testamento y la ley testa por él disponiendo á su antojo sobre el destino de los bienes? La fuerza real de este argumento se impone de tal modo, que, á pesar de no decir nada la ley para salvar los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada cuando concurre con descendientes ó ascendientes, y á pesar de los arts. 942 y 953 que parecen negar esos derechos, los mismos interesados, los hijos y los padres, se los han otorgado y reconocido, y existe la práctica constante de admitir el derecho del cónyuge á su legítima lo mismo en la sucesión abintestato que en la testamentaría.

El asunto ha sido llevado á la Dirección general de los Registros, no precisamente en discusión de si procedía ó no tal legítima en la sucesión intestada al concurrir el cónyuge viudo con hijos, sino dudando si en tal sucesión debía entenderse como legítima toda la herencia. Y la Dirección general deja la cuestión sin resolver y da por bien concedida la legítima; pero sin afirmar que sea precedente con arreglo á la ley, antes bien, partiendo de la base de que la ley no la concede.

Véanse los considerandos pertenecientes á esta cuestión, en la aludida resolución dictada con fecha 14 de Junio de 1897:

«Considerando que ni en la ley de 11 de Mayo de 1888 que establece las condiciones y bases para la redacción del Código civil, ni en las disposiciones de este último que tratan de la sucesión intestada en la línea descendente, se llama al cónyuge viudo á la herencia del premuerto cuando éste fallece dejando hijos ó nietos, limitándose los autores de aquella ley y de este

cuerpo legal á fijar la parte alícuota que corresponde al viudo de la herencia testada del consorte difunto, tanto en el caso de dejar ascendientes ó descendientes legítimos, como en el de fallecer sin unos ni otros:

»Considerando que la práctica jurídica, partiendo del supuesto *de que la intención* del legislador fué la de dar también al viudo una porción alícuota forzosa en la herencia intestada del premuerto, cuando éste deja descendientes, ha tratado de llenar *la supuesta omisión* del legislador, aplicando unas veces los preceptos del Código que atribuyen al viudo una parte alícuota en concepto de legítima, y pretendiendo otras que se amplíe la disposición contenida en el art. 932, en el sentido de equiparar al supérstite con los hijos, de tal suerte, que aquél perciba en usufructo una parte igual á la que éstos adquieren en propiedad.

»Considerando que no teniendo hasta ahora dicha práctica y las dos distintas soluciones adoptadas por la misma para suplir, *ó más bien corregir* las deficiencias del Código en materia de sucesión intestada de los descendientes, otro carácter que el de meras opiniones jurídicas individuales ó privadas, ninguna de ellas puede revestir la autoridad de una regla ó doctrina legal de observancia general obligatoria, y por consiguiente, no pueden tampoco aplicarse á los actos ejecutados, con arreglo á las disposiciones que respectivamente pretenden hacer prevalecer la sanción de nulidad establecida en el art. 4.º del mencionado Código.»

Nada más raro que esta resolución. El Código *no llama* al cónyuge viudo á la sucesión intestada en concurrencia con descendientes; la práctica jurídica, fundándose *en la intención* del legislador, trata de llenar una *omisión supuesta* y *de corregir las deficiencias* de la ley civil, atribuyendo á ese viudo una variable participación según las diversas opiniones, y como estas opiniones no tienen fuerza jurídica obligatoria, está bien atribuída al cónyuge una legítima en dicha sucesión, con la extensión que cada cual quiera particulatmente concederle.

La consecuencia no es lógica; si la ley no concede ese derecho al cónyuge, la práctica que se lo atribuye podrá fundarse ó no en los principios generales de derecho, y si en ellos no se funda, desde luego es ilegal. Si la ley, aunque exista cónyuge, llama solamente á los hijos á la herencia intestada, y no hay fundamento ni razón alguna que justifique la admisión de ese cónyuge, es contraria á la ley la costumbre de concederle un usufructo que naturalmente ha de mermar ó limitar el derecho absoluto concedido á los hijos. El acto, cuando no esté consentido por los interesados capaces para consentir, y árbitros de renunciar los derechos establecidos en su favor, es un acto nulo que cae bajo la esfera de los arts. 4.° y 5.° del Código. Esta parece ser la consecuencia obligada de las premisas sentadas en sus considerandos por la Dirección. Téngase, sin embargo, presente que la cuestión debatida versaba más bien sobre la extensión del derecho que sobre la legalidad de la concesión de ese derecho.

Si la ley no autoriza expresamente el derecho del cónyuge en la sucesión intestada, cuando concurre con descendientes ó ascendientes legítimos ó hijos naturales, la equidad aconseja concedérselo, y la naturaleza de toda legítima así lo reclama de un modo imperioso. Imponer la ley esa legítima como forzosa al dueño de los bienes cuando hace testamento, y negarla cuando por no existir testamento es la misma ley la que á su arbitrio distribuye la herencia, es un contrasentido inexplicable. El cónyuge en la sucesión testamentaria no pierde su legítima, aunque esté preterido ó aunque se le desherede sin causa justa, cierta ó legal. Si en la sucesión intestada se le niega ese derecho, éste deja de ser una legítima en el sentido que la define el art. 806, porque queda en manos del causante el que llegue ó no á existir; es cierto que su voluntad expresa en contrario no puede prevalecer, pero prevalecería siempre su voluntad tácita; no haciendo testamento, el cónyuge quedaría desheredado. Puesto que ha de reconocerse la verdad de esta consecuencia, y con ella, á ser cierta, la negación de una verdadera legítima al cónyuge viudo,

y puesto que la práctica general, *corrigiendo* al Código, como dice la citada resolución, ó interpretando su espíritu, como nos parece más acertado, y comprendiendo instintivamente el alcance de la palabra *legítima*, otorga al cónyuge esa porción forzosa en todo caso en la sucesión intestada, mejor hubiera sido declarar que tal legítima, aunque no consignada en la ley en ninguno de los artículos que se ocupan de dicha sucesión, debe estimarse virtualmente admitida, por exigirlo así la naturaleza propia de ese derecho forzoso, y fundarse, por tanto, en los principios generales jurídicos, que no deben ser desatendidos en toda buena legislación.

Ahora bien: aceptando esa práctica como conforme al espíritu de la ley civil y difícil de desterrar, creemos que lo más procedente en su aplicación es seguir el criterio del Código en los arts. 942 y 953, y no inventar para el cónyuge una legítima nueva más extensa de la que en la sucesión testamentaria le corrresponde. La legítima no puede concedérsele más que en la única forma y medida en que el Código la reconoce en los artículos 834, 836 y 837. Para esto pueden servir, ya que no ley alguna, las razones alegadas; para ampliar además la cuota legitimaria, no bastan razones, sería necesario una ley.

Concordancias.—Merece especial mención el Código civil de la Argentina por lo que respecta á la sucesión de los cónyuges. En el orden de la herencia intestada, los cónyuges se heredan recíprocamente (art. 3572) excluyendo á todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales, cuando no quedan ascendientes ni descendientes.

Bolivia en la limitación de sus preceptos no contiene concordancia alguna especial con los artículos de este comentario.

Chile (art. 990) Colombia (art. 1047) y Ecuador (art. 980) antepone el cónyuge á los sobrinos; concurriendo aquél con los hermanos legítimos le corresponde la mitad de la herencia.

El Código de Guatemala se aparta en absoluto de nuestro vigente derecho, toda vez que como nuestra legislación histórica no reconoce al cónyuge sobreviviente sino la cuarta llamada

conyugal, ó con más propiedad, porción conyugal alimenticia.

Honduras, si bien con ligeras modalidades, reconoce al cónyuge viudo los mismos derechos que el Código español establece para el cónyuge sobreviviente, á falta de hermanos y sobrinos (art. 1092).

Méjico reconoce también preferentes derechos al cónyuge que sobrevive; si concurre con un solo hermano, se divide la herencia por partes iguales; si concurriese con dos ó más el cónyuge tiene derecho á un tercio de la herencia y últimamente, á falta de hermanos, el cónyuge sucede en todos los bienes (artículos 3629 al 3631).

Perú coloca al cónyuge en lugar posterior al de los sobrinos que heredan en representación de sus padres (art. 910, regla 4.ª).

El Código de la República del Salvador, llama al cónyuge sobreviviente á la sucesión intestada después de los descendientes y ascendientes, legítimos y naturales, con la salvedad de que no podrá tener parte alguna en la herencia abintestato el cónyuge que de hecho y sin justa causa abandonare á su marido ó mujer, á menos que después se hayan reconciliado (artículos 993, núm. 1.º y 997).

Uruguay, concuerda en el fondo con nuestro Código, el cónyuge no culpable del divorcio en la herencia abintestato, concurrirá con los hermanos del difunto ó por sí sólo si éstos no existieren (artículos 1002 y 1006) y últimamente Venezuela, en la concurrencia con hermanos y sobrinos el cónyuge divide la herencia por mitad, una para el cónyuge, otra para los hermanos y sus hijos, siempre y cuando el sobreviviente no haya sido condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, á no ser que medie reconciliación (artículos 726 y 731).

ARTÍCULO 954

No habiendo hermanos ni hijos de hermanos, ni cónyuge supérstite, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales.

La sucesión de ésto se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

ARTÍCULO 955

El derecho de heredar abintestato no se extiende más allá del sexto grado de parentesco en línea colateral.

Precedentes.—La ley 7.ª, tít. 1.º, y las 11 y 12, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, establecían como límite del parentesco en la sucesión intestada el *séptimo* grado.

La ley 6.ª, tít. 13, Partida 6.ª, llamaba á los parientes hasta el *décimo* grado, límite aceptado también en la ley de 16 de Mayo de 1835, y en el art. 772 del Proyecto de Código de 1851.

Lo mismo con arreglo á las citadas leyes que á otras del Fuero Real, eran llamados á heredar los parientes más próximos, con exclusión de los más remotos.

La fijación del décimo grado obedecía principalmente al propósito de que la herencia sólo pasase al Estado en caso muy extremo.

Hoy que al Estado sustituyen los establecimientos de beneficencia é instrucción, no se ha encontrado razón bastante para seguir admitiendo con derecho á heredar á parientes lejanos desconocidos, en quienes tal vez nunca llegó á pensar el causante.

Comentario.—Si suponemos que una persona de origen legítimo muere sin dejar descendientes legítimos, ascendientes, descendientes naturales, cónyuge, hermanos ni sobrinos, le heredarán, con arreglo á los arts. 954 y 955, los demás parientes colaterales dentro del sexto grado.

Es ésta, como hemos dicho, otra de las reformas más importantes llevadas á efecto en la sucesión intestada. El difunto, antes de instituir heredero á un pariente del décimo, del noveno, del octavo ó del séptimo grado, hubiera dejado su herencia

á un amigo íntimo, á un fiel servidor, á los pobres ó á un establecimiento de instrucción ó de beneficencia. Sin duda habrá casos de excepción; pero la ley debe fundarse en la regla, no en sus excepciones, y además, precisamente, para esos casos de excepción está el testamento.

Algo de lo que se expone contra el derecho de los parientes del séptimo al décimo grado pudiera decirse también respecto á los del quinto y del sexto, por lo que no faltan partidarios de una reforma más radical, que, como en Guatemala, hubiera limitado al cuarto grado los llamamientos en la línea colateral; pero hay que aplaudir lo hecho, y esperar un paso más en otra ocasión, si la opinión se muestra unánime ó casi unánime en esta materia.

El derecho de heredar abintestato, dice el art. 955, no se extiende más allá del *sexto* grado de parentesco en la línea colateral. Luego los parientes del sexto grado heredan; no heredan los del séptimo inclusive en adelante. El art. 955 se conforma con la base 18.

Tenemos, pues, en el art. 954 un numeroso grupo de parientes. ¿Los llama á todos la ley indistintamente? Ese artículo se limita á llamarles á la sucesión; pero ha de entenderse dentro de la regla general sentada en el 921. El pariente más próximo en grado excluye al más remoto, dentro del mismo grado todos heredan por partes iguales, puesto que no hay lugar al derecho de representación, y la sucesión, según el art. 954, se verifica sin distinción de líneas ni preferencia alguna por razón del doble vínculo.

Así, muerta una persona sin dejar parientes dentro del tercer grado, con nueve primos (hijos de hermanos y medio hermanos de su padre), un tío segundo (hermano de su abuelo) y un sobrino segundo (nieto de su hermano), la herencia se divide en once partes iguales, correspondiendo una á cada uno de los herederos, todos ellos parientes del cuarto grado. Quedan excluídos los parientes de grado más remoto, á no ser que todos los expresados renuncien la herencia ó sean indignos.

La ley sólo se refiere al parentesco legítimo.

Véanse los arts. 923 y 943.

Concordancias.—Argentina (art. 3585) limita, como el Código español, los derechos sucesorios de los parientes en la herencia intestada al sexto grado Más radical el de Bolivia le restringe hasta el cuarto (art. 620). Chile, Colombia y Ecuador, que siempre marchan al unísono, se separan categórica y sustancialmente en esta materia. Chile establece, como el Código patrio, que los derechos de sucesión de los colaterales no se extiende más allá del sexto grado (art. 992, regla 2.ª). Colombia lo amplía al octavo grado (art. 1049, regla 2.ª), y el Ecuador, como nuestro antiguo derecho, lo extiende al décimo grado (artículo 982, regla 2.ª). Ya hemos dicho que Guatemala (art 957) restringe al cuarto grado el derecho de los parientes á la herencia. Honduras transcribe literalmente en sus arts. 1085 y 1086 los preceptos equivalentes de nuestro Código. Méjico, como el de Colombia, reconoce este derecho hasta el octavo grado de la línea colateral (art. 3575). Perú admite la sucesión intestada de los parientes legítimos hasta el sexto grado inclusive (art. 881). El del Salvador, en la regla 6.ª del art. 993, llama á la sucesión intestada en la línea colateral á los primos hermanos legítimos (cuarto grado).

No obstante lo reciente de la codificación del Uruguay (19 de Abril de 1898), su Código civil extiende los derechos de sucesión de los colaterales hasta el décimo grado (art. 1003), y por último, el de los Estados Unidos de Venezuela, también con criterio expansivo, afirma el derecho de los colaterales en la sucesión intestada hasta el octavo grado (art. 728).

SECCIÓN QUINTA

DE LA SUCESIÓN DEL ESTADO

ARTÍCULO 956

A falta de personas que tengan derecho á heredar conforme á lo dispuesto en las precedentes secciones,

heredará el Estado, destinándose los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita, por el orden siguiente:

1.º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto.

2.º Los de una y otra clase de la provincia del difunto.

3.º Los de beneficencia é instrucción de carácter general.

Precedentes.—Ley 3.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real: «Si el home que muriere no hobiere parientes ningunos ó fiziere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda segun la fizo, é si él no fiziere manda, háyalo todo el Rey».

Ley 6.ª, tít. 13, Partida 6.ª: «E si por auentura el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonce heredará todos sus bienes la Cámara del Rey».

En los bienes pertenecientes á clérigos, monjes y monjas que morían sin dejar parientes con derecho á heredarles, sucedían las iglesias, conventos ó monasterios á que pertenecieron, según la ley 12, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo.

A la Cámara del Rey le reemplazó más tarde el Fisco, y por último, el Estado, con arreglo á la ley de 16 de Mayo de 1835, cuyas disposiciones más importantes referentes á esta materia son las siguientes:

«Art. 2.º Corresponden al Estado los bienes de los que mueren ó hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes.»

«Art. 9.º En los casos en que la sucesión intestada pertenezca al Estado, el representante de éste podrá pedir ante el juez competente la segura custodia, inventario y justiprecio de los bienes, y su posesión sin perjuicio de tercero, que se le dará en la forma ordinaria.»

«Art. 13. Los bienes adquiridos y que se adquirieran como mostrencos á nombre del Estado, quedan adjudicados al pago de

la Deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la Caja de amortización.»

El art. 783 del Proyecto de Código de 1851 seguía llamando al Estado, en último término, en la sucesión abintestato.

Comentarios.—El fundamento del derecho del Estado sobre los bienes de las personas que mueren sin testar y sin dejar herederos, se halla en la situación real de abandono en que quedan esos bienes, en la carencia de dueño y de toda persona con derecho á los mismos. Necesario era fijar el destino de tales bienes, evitando que al quedar abandonados estuviesen á merced del primer ocupante, y surgiesen con tal motivo luchas ó cuestiones innecesarias. En tales circunstancias parecía justo y natural adjudicar la herencia al Estado como representación de la Nación, de la patria ó de la sociedad; pero del destino á que se apliquen los bienes depende el que en realidad los intereses sociales sean más ó menos beneficiados, y el que se mire con más ó menos simpatía la solución. En aquellos tiempos en que, así como la Nación la representa el Estado, representaba al Estado el Rey, los bienes de los que morían sin sucesión se entendió que pertenecían al Real ó á la Cámara Real, y más tarde no supo inventarse un destino más útil, y al Rey sustituyó el Estado, pero siempre tomando esta palabra, como sinónima de Fisco, Hacienda ó Tesoro público.

Pensóse desde luego en el seno de la Comisión en cambiar este orden de cosas, y se propuso sustituir al Estado por la Beneficencia: hermosa idea que ya había sido sostenida por varios escritores, entre ellos el Sr. Azcárate. Y aunque no faltó quien defendiese el derecho preferente del Estado como representante de la sociedad, y aun en último término la inutilidad de la sustitución que se pretendía porque podría llegar el caso de ser vendidos por el Estado los bienes adquiridos por la Beneficencia, el pensamiento fué aceptado por una inmensa mayoría, considerando de escaso valor las razones alegadas en contra, porque aunque los bienes se destinen á fin benéfico, no por ello deja de favorecerse ó preferirse á la Sociedad, de la que es el

Estado representación, y porque los abusos del poder en casos excepcionales no justificarían nunca el abandono de una idea desde luego justa y conveniente.

Limitado hoy el llamamiento de los parientes colaterales en la herencia intestada, sucede el Estado cuando no existen descendientes, ascendientes, cónyuges, ni colaterales dentro del sexto grado; en suma, como dice el art. 956, cuando no hay personas que tengan derecho á heredar, ya se trate del fallecimiento de una persona de origen legítimo ó ilegítimo.

Pero, como hemos dicho, el Código da á esta sucesión un carácter mucho más simpático que el que antes tenía. *Sustituirán* al Estado cuando fuese llamado á la sucesión, dice la base 18, los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuíta del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia, y á falta de unos y otros, los generales.

La palabra *sustituirán* empleada en dicha base, podía ser entendida en dos diversos sentidos. Según uno de ellos, el Estado desaparecería en nuestro derecho como heredero ó sucesor, y en su lugar serían llamados los expresados establecimientos públicos ó privados, defendidos por sus legítimos representantes. Según el otro sentido, el derecho á suceder recaería en el Estado; pero en su nombre y representación recibirán aquellos establecimientos los bienes. Entendióse esto último, y con arreglo á tal idea, se redactó el art. 956, en virtud del cual, heredará el Estado, pero destinándose los bienes á los establecimientos de beneficencia é instrucción.

De todos modos, no aparece ya ante la opinión como sucesor esa entidad obstracta y mal comprendida del Estado, en la que con razón sólo se alcanzaba á ver la Hacienda, el Fisco, incautándose de bienes de dominio particular que podían aplicarse á más importantes fines, y que estuviesen más en armonía con la presunta voluntad del causante. El Estado, hecho hoy sensible ante el público por la doctrina del Código, se ha convertido en esos establecimientos por todos queridos y respetados que llevan el bien por todas partes, cuidando á los enfermos, asistiendo á

los desvalidos, recogiendo á los huérfanos, protegiendo á los débiles y faltos de razón, ó difundiendo gratuitamente la enseñanza.

¿Qué establecimientos deben ser preferidos con arreglo á la voluntad presunta del causante? Primero, aquellos que estaban más cerca de él, los del municipio en que vivió; después, y á falta de éstos, los de su provincia; por último, los de carácter general. Este es el mismo orden fijado en la ley. También puede decirse que en el corazón del hombre, primero son los establecimientos de beneficencia que los de instrucción, preferencia que también parece haber tenido en cuenta el legislador. Los establecimientos de beneficencia é instrucción de carácter general, heredarán rara vez, porque sólo son llamados, como expresa con toda claridad la base 18, á falta de establecimientos provinciales y municipales, y es difícil que deje de haber en la provincia alguno de éstos.

El Código acepta la clasificación administrativa de los establecimientos *públicos* de beneficencia, en *generales*, *provinciales* y *municipales*.

Son establecimientos *públicos generales* de Beneficencia, los que, costeados por el Estado, están dedicados á satisfacer necesidades permanentes ó que reclaman una atención especial, á cuya clase pertenecen las casas de locos, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos. (Reglamento de 14 de Mayo de 1852, artículo 2.º).

Son establecimientos *provinciales*, según el art. 3.º del mismo reglamento, todos aquellos que tienen por objeto el alivio de la humanidad doliente en enfermedades comunes; la admisión de menesterosos incapaces de un trabajo personal que sea suficiente para proveer á su subsistencia; el amparo y la educación, hasta el punto en que puedan vivir por sí propios, de los que carecen de la protección de su familia. A esta clase pertenecen los hospitales de enfermos, las casas de misericordia, las de maternidad y expósitos, las de huérfanos y desamparados. El sostenimiento de estos establecimientos está á cargo de la provincia.

Son establecimientos *municipales* de beneficencia, los destinados á socorrer enfermedades accidentales, á conducir á los establecimientos generales ó provinciales á los pobres de sus respectivas pertenencias, y á proporcionar á los menesterosos en el hogar doméstico los alivios que reclamen sus dolencias ó una pobreza inculpable. A esta clase pertenecen las casas de refugio y hospitalidad pasajera, y la beneficencia domiciliaria. (Art. 4.º del citado reglamento).

Una clasificación análoga puede deducirse, para los establecimientos de instrucción, de las disposiciones contenidas en la ley de 9 de Septiembre de 1857.

Los establecimientos de enseñanza son también públicos ó privados, según los fondos con que se sostengan, y entre los costeados con fondos públicos, unos están á cargo de los Municipios, otros á cargo de las provincias, y otros á cargo de la Administración central.

Pertenecen al primer grupo las escuelas públicas de primera enseñanza, los institutos locales y las escuelas prácticas de artes y oficios.

Pertenecen al segundo, los institutos provinciales, las escuelas normales, las de bellas artes ú otras especiales que se costeen con fondos de las provincias.

Pertenecen al tercero, las universidades, las escuelas superiores ó especiales, y otros establecimientos de enseñanza profesionales.

Ahora bien: como los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita *sustituyen* al Estado, según la base 18; como el heredero es el Estado, según el art. 956, aunque los bienes se destinen, en representación del mismo, á dichos establecimientos, debe deducirse que los herederos han de ser siempre establecimientos públicos ó de carácter oficial, formas ó manifestaciones determinadas de la entidad Estado, que es, en suma, la heredera.

Dentro de estos establecimientos públicos, la ley establece determinada gradación ú orden de suceder. Son llamados en

primer término los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuítas del domicilio del difunto.

Por domicilio del difunto debe entenderse, con arreglo al artículo 40 del Código el lugar de su residencia *habitual*, no aquel en que accidentalmente pudiera ocurrir su fallecimiento. En la frase *escuelas gratuítas* debemos ver, dada la idea general del artículo 956 y de la base 18, los establecimientos de instrucción ó enseñanza gratuíta.

Dentro de este primer grupo, y lo mismo dentro de los demás, pudiera creerse que debían ser siempre preferidos los establecimientos de beneficencia á los de instrucción, ya que siempre enumera á aquéllos en primer lugar la ley, y su objeto puede decirse que es también más útil y necesario. Pero no vacilamos en afirmar que el art. 956 llama juntamente á la herencia á los establecimientos de beneficencia y á los de instrucción, porque aparte de aparecer siempre enlazados con una y, como llamándoles en igualdad de condiciones, resultaría de otro modo que en el pueblo ó provincia en que existiesen, como siempre deben existir, establecimientos de beneficencia, no llegarían nunca á heredar los de instrucción á no ser que se estableciese un turno que pudiera resultar contraproducente con el fundamento dado á la preferencia, además de despojar á ésta de todo efecto práctico.

En segundo lugar son llamados á la herencia los establecimientos de beneficencia é instrucción de la provincia del difunto. Estimamos que se alude á los establecimientos provinciales ó costeados con fondos de la provincia, pues en otro caso, si se atendiera á todos y cada uno de los que ejerciesen su fin benéfico en todos y cada uno de los pueblos de la misma, se aumentaría innecesariamente de un modo extraordinario el número de herederos, aparte de que los establecimientos de carácter municipal serían entonces llamados otra vez en grupo, después de haber sido designados individualmente.

Son herederos los establecimientos provinciales cuando el difunto no tuviese domicilio ó residencia habitual en ningún

municipio de la Península, para lo cual es preciso que residiese habitualmente en el extranjero habiendo nacido en España, y atendiéndose al lugar de su nacimiento para determinar la provincia ó los establecimientos provinciales que deben heredar. También heredarán en el raro caso de no haber establecimientos municipales en el lugar de la residencia habitual del difunto, y en el de que, habiéndolos, no quieran aceptar la sucesión.

Por último, son llamados los establecimientos de beneficencia ó instrucción de carácter general. Aparte el caso de no querer heredar los de los grupos anteriores, estos establecimientos pueden ser llamados á la sucesión en el caso de tratarse del fallecimiento de un español no nacido en la Península, ni residente de un modo habitual en ella, caso muy raro, aunque posible.

Queda ahora una cuestión importante. Considerando como herederos á todos los establecimientos de beneficencia y á todos los establecimientos de instrucción dentro de cada grupo, orden ó grado, ¿se dividirán la herencia por partes iguales, ó se tendrán en cuenta sus necesidades y su importancia respectiva? Y en este caso, ¿á quién corresponde la distribución del caudal?

No determinándose de un modo expreso en el Código que haya de atenderse ni á la importancia, ni á las necesidades, ni á la mayor ó menor necesidad ó utilidad de cada institución ó establecimiento, estimamos aplicable, aun cuando no se trata de parientes del causante, la regla contenida en el párrafo 2.° del artículo 921: los establecimientos llamados en el mismo grado ó grupo heredarán por partes iguales.

Para la aplicación de esta regla deben considerarse como una entidad los establecimientos de beneficencia ó instrucción que, aun cuando sean varios, cumplan un mismo fin determinado; por ejemplo, dentro de los de carácter general, los manicomios todos formarán una persona moral, las universidades, otra, etcétera; dentro de los establecimientos municipales, las escuelas todas formarán una entidad, las casas de refugio, otra, etc. Después, y con relación á cada entidad, la distribución se efec-

tuará con igualdad en virtud de la misma regla. Aun cuando puede seguirse distinto criterio, sin ofensa de la ley, y considerar como una personalidad distinta á cada escuela, á cada instituto, á cada universidad, etc., creemos más equitativa la distribución en la forma indicada.

Según la ley y reglamento vigentes del impuesto de derechos reales, en el caso del art. 956, deben pagar dicho impuesto los establecimientos que heredan en sustitución del Estado.

Concordancias.—Con el mismo carácter defectivo, aun cuando sin el de fideicomisario, que el Código español establece para la sucesión del Estado, dispone el de la República Argentina (art. 3558), que á falta de los que tengan derecho á heredar, conforme á lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces ó muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero ó ciudadano argentino, corresponden al Fisco, Provincial ó Nacional, según fuesen las leyes que rigieren á este respecto.

Bolivia, por la ley de 27 de Diciembre de 1882, que reformó y refundió los arts. 603, 609 y 621 de su Código civil, no destina los bienes al Estado, sino que considera como heredero al Concejo Municipal del respectivo departamento.

En Chile y Ecuador, á falta de todos los herederos abintestato, sucede el Fisco (arts. 995 y 985 respectivamente). Igual disposición establecía el de la República de Colombia; pero en virtud del art. 85 de la ley 153 de 24 de Agosto de 1887, derogatoria del art. 1051 de su Código civil, en último lugar sucede el Municipio de la vecindad del finado.

Guatemala en el mismo caso dispone que la herencia ingrese en la Tesorería de las Facultades, y aun cuando aquélla (la Tesorería) ha sido suprimida, y por lo tanto, corresponde la sucesión á la Hacienda pública, reputados autores, fundándose en que un acuerdo gubernativo no puede trastornar los principios fundamentales del Derecho civil, sostienen que los bienes hereditarios irán á parar á las dependencias ú oficinas da las expresadas facultades.

Honduras reproduce literalmente en su art. 1093 los preceptos del 956 de nuestro Código.

Méjico llama á la Hacienda pública en defecto de herederos (artículo 3634), pero con la salvedad de que sucederán el Fisco y la Beneficencia pública por partes iguales.

Perú (art. 883), como variedad, establece la siguiente gradación: 1.º, la Beneficencia del lugar en que tuvo su domicilio el que murió intestado, le heredará en defecto de los llamados á la sucesión; y 2.º, el Fisco si aquél no tuvo domicilio en la República.

En la del Salvador suceden las Universidades y los hospitales; la mitad de la herencia á la Universidad Nacional y la otra mitad al hospital ú hospitales del departamento del último domicilio del finado. No existiendo hospital, ó no habiendo tenido nunca el difunto domicilio en la República, corresponde la herencia al hospital de San Salvador, como capital del territorio nacional (arts. 994 y 996).

En el Uruguay hereda el Estado (art. 1009) y en Venezuela la herencia se difiere al patrimonio de la Nación con destino, mitad á la instrucción pública y mitad á la Beneficencia nacional (art. 732).

ARTÍCULO 957

Los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia é instrucción en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los otros herederos.

ARTÍCULO 958

Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándole los bienes por falta de herederos legítimos.

Los arts. 9.º, 15 y 16 de la ley de 16 de Mayo de 1835 venían en el fondo á establecer la misma doctrina que con más generalidad se contiene en estos artículos.

En ellos se iguala al Estado con todos los demás herederos. Al heredar cae bajo el imperio de las leyes de carácter civil, tanto sustantivas como adjetivas. No habría razón para conferir al Estado un privilegio sólo por la importancia de su personalidad, y no se lo confiere la ley.

Por eso el art. 957 dice que los derechos y obligaciones de los establecimientos de beneficencia é instrucción serán los mismos que los de los otros herederos, y el art. 958 prohibe al Estado apoderarse de los bienes hereditarios á no preceder declaración judicial de su derecho á la herencia.

Según el art. 994, los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencias sin la aprobación del Gobierno. Al aceptar los establecimientos municipales, provinciales ó generales de beneficencia é instrucción á quienes corresponda la herencia, sustituyen al difunto, continúan como todos los herederos su personalidad, suceden en todos sus derechos y obligaciones.

La ley se limita á sentar el principio en evitación de toda duda. El art. 957 no requiere mayor explicación. Cuanto se diga de los herederos se aplica al Estado cuando hereda. Esto es todo.

Entre los establecimientos de un mismo grupo procede el derecho de acrecer, con arreglo al art. 922, y repudiando la herencia todos los que formen un grado, heredan los del grado siguiente en virtud del 923.

Pero no basta el precepto del art. 956 para que el Estado, considerándose heredero, se incaute de los bienes y proceda como dueño. Al igual que el último ciudadano, tiene que probar el fallecimiento del causante, la inexistencia del testamento y la falta de toda persona con derecho á la herencia, obteniendo de la autoridad judicial la declaración de heredero.

La falta de toda persona con derecho á los bienes es un requisito indispensable, con arreglo al art. 956. El Estado sólo puede aspirar á los bienes que no tengan dueño conocido, y á las sucesiones verdaderamente vacantes. Por esto si un testa-

dor dispone que en último término se vendan sus bienes y se destine su importe á sufragios, limosnas ú otro fin especial, la detentación de esos bienes por terceras personas no autoriza al Estado para pretender su adjudicación, pues tienen una aplicación y destino determinado por su dueño que obsta á esa pretensión, como resolvió la sentencia de 28 de Febrero de 1884. Por esto también la de 10 de Enero de 1894 determina que no es bastante para que el Estado se incaute de determinados bienes el que, siendo ó no vinculados, no justifiquen los que los reclaman el entronque y parentesco con el fundador, pues mientras existan parientes con derecho á la herencia, ó no se pruebe su falta, el Estado no es el llamado á suceder.

Habla el art. 957 de los establecimientos de beneficencia ó instrucción como sujetos de los derechos y de las obligaciones emanadas de la herencia; el 958, del Estado como entidad que ha de obtener la declaración de heredero abintestato. Debe deducirse de la doctrina del Código que hasta obtener dicha declaración, interviene el Estado por medio de sus representantes, y que después de obtenida, y, en su caso, después de apoderarse de los bienes, éstos se destinan á dichos establecimientos, cuyos legítimos representantes ejercen ya en nombre de los mismos, los derechos, ó cumplen las obligaciones que como herederos les correspondan.

Antes de la declaración de herederos, el Estado puede ejercitar determinadas acciones relativas á la apertura de la sucesión intestada, por nulidad de testamento ú otra razón especial, que dejen libre el camino para pedir, si no existiesen parientes, los bienes de la herencia, según ha reconocido la sentencia de 17 de Noviembre de 1898, cuyos considerandos transcribimos á continuación, por ser de interés con relación á los artículos que examinamos.

«Considerando que no puede desconocerse el derecho del Estado para pedir la nulidad de un testamento, en el supuesto de no haber parientes llamados á la sucesión intestada, porque el título para el ejercicio de su acción arranca del llamamiento que

en su favor hace el art. 956 del Código civil, sin que pueda estorbarlo la posibilidad de que exista alguna persona con preferente derecho á la herencia, como no puede ser obstáculo para que ejercite la misma acción un pariente por la simple posibilidad de que exista otro de grado más próximo, porque entonces se le colocaría en una situación verdaderamente anómala que haría ilusorio su derecho, no pudiendo promover el juicio de abintestato para obtener la declaración de heredero por haber un testamento, ni atacar éste de nulidad por no haberse declarado previamente su derecho á la herencia; por lo que la Sala sentenciadora, al desestimar la excepción de falta de acción opuesta por los recurrentes á la demanda del abogado del Estado, no infringe, como se sostiene en el primer motivo del recurso, el mencionado artículo del Código civil, en relación con la doctrina establecida en la sentencia de 10 de Mayo de 1892, donde se declaró que la acción de nulidad de testamento sólo corresponde á los que, por llamamiento de la ley, ostentan, como parientes más próximos, el concepto de herederos á falta de disposición testamentaria, porque esto se dijo con referencia á un caso en que el actor había reconocido la supervivencia de un pariente más próximo, quien aceptó la validez del testamento en transacción con el heredero instituído, siendo este el fundamento por el que se declaró en aquel pleito la falta de acción del demandante:

»Considerando que los abogados del Estado, aparte de las funciones que les corresponden dentro de la Administración activa y contenciosa, son los representantes legales de aquella entidad jurídica en todos los asuntos civiles y criminales en que tenga interés y cuya resolución competa á los tribunales de justicia; y por ello, como el art. 956 del Código civil, á quien llama en su caso á la sucesión del que muere sin testamento, es al Estado, aunque disponiendo que se destinen los bienes á los establecimientos de beneficencia ó instrucción pública gratuíta por el orden establecido en el mismo precepto, es inconcuso que á los abogados del Estado, utilizando la acción privada que de ese

texto legal se deriva, y no á los representantes especiales de aquellas instituciones, corresponde la facultad de ejercitarla».

(Se alegaba la doctrina de la Instrucción de 27 de Abril de 1875, que encomienda á los representantes legítimos de los establecimientos de beneficencia, su personalidad y defensa (1).



El art. 958 del Código nos lleva, naturalmente, á ocuparnos de los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, con relación á esta materia de declaración de herederos: preceptos que sirven de epílogo á la sucesión intestada, y cuyo lugar más oportuno será siempre el presente.

Así como los herederos instituídos en testamento justifican con éste su derecho á la herencia, los herederos designados por la ley han de justificar también su cualidad de parientes más próximos y con ello su derecho á la sucesión intestada.

Exigíase antes en todo caso un procedimiento largo y costoso, para obtener la declaración de herederos abintestato. Los párrafos tercero y cuarto del art. 21 de la ley Hipotecaria, adicionados por la ley de 17 de Julio de 1877, establecieron preceptos para facilitar esas declaraciones, y hoy se contienen en la vigente ley de Enjuiciamiento civil, cuyos arts. 977 al 1000 son los aplicables (2).

Concordancias.—Establecen análoga doctrina que nuestro Código, el de la Argentina (art. 3589), que declara que los derechos y las obligaciones del Estado en general ó de los Estados parti-

---

(1) Según sentencia del Tribunal de lo Contencioso de 12 de Enero de 1900, antes de reclamar judicialmente al Estado como heredero el pago de una deuda del causante, debe preceder reclamación en la vía gubernativa.

Según otra del mismo Tribunal de 6 de Octubre de 1900, la Real orden que desestima la reclamación de un particular contra el Estado, pone término á la vía gubernativa, procediendo después la judicial, y no recurso contencioso administrativo contra dicha Real orden.

(2) El autor ha expuesto extensamente el procedimiento para la declaración de herederos abintestato en los diferentes casos que pueden ocurrir, con los *formularios* correspondientes, en los *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, artículos citados 977 al 1000. Véanse en el tomo 4.º de dicha obra, págs. 312 y siguientes y 419 y siguientes.

culares, serán los mismos que los de los herederos. A estos efectos, para que el Estado pueda apoderarse de los bienes de una sucesión vacante, el Juez debe entregarlos bajo inventario y tasación judicial, y en virtud del beneficio de inventario de que el Estado goza, el Fisco sólo responde por la suma que importan los bienes. Honduras, como ya se ha dicho repetidamente, reproduce los mismos preceptos que el Código civil español (artículos 1094 y 1095).

Méjico, con propiedad y concisión, dispone que los derechos y obligaciones del Fisco y de la Beneficencia son de todo punto iguales á los de los otros herederos (art. 3636).

Uruguay establece, no ya el principio, sino verdaderas reglas procesales para la sucesión del Estado. El Fiscal ó Agente fiscal que, en representación del Estado, pretenda el derecho á la sucesión, deberá solicitar inventario solemne de los bienes hereditarios: deberá pedir la *misión* en posesión de la herencia ante el Juez competente para conocer de la testamentaría, y últimamente, el Juez no podrá resolver sin previa audiencia de un defensor de ausentes que nombre y sin que precedan edictos publicados por el tiempo y en la forma prescrita por las leyes de procedimientos, debiéndose observar las demás formalidades que éstas ú otras especiales prevengan. La falta de las anteriores formalidades, hará que pueda el Fisco ser condenado en daños y perjuicios á favor de los herederos, si algunos se presentaren (arts. 1010 y 1011 del Código civil de la República Oriental del Uruguay).

Los demás Códigos hermanos de Bolonia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Salvador y Venezuela, omiten el concepto jurídico de la sucesión del Estado y las reglas para el apoderamiento de los bienes hereditarios.

CAPÍTULO V

Disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él.

Divide este capítulo el Código en las cinco secciones que contiene.

La colación y la partición merecen al legislador capítulo aparte, á pesar de que se trata también de disposiciones comunes á las herencias por testamento ó sin él.

No debe olvidarse, además, que existen otros preceptos especiales del Código, consignados en sus lugares respectivos, aplicables tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Tales son:

a) Los derechos concedidos al cónyuge viudo en la sucesión de su difunto consorte en concurrencia con descendientes ó ascendientes legítimos, hijos naturales ó hermanos y sobrinos.

b) Los derechos concedidos á los hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, y á sus descendientes legítimos en su representación, al concurrir á toda herencia con descendientes ó ascendientes legítimos.

c) La reserva especial impuesta á los ascendientes en los artículos 811 y 838.

d) El derecho de reversión en los bienes donados existentes en la sucesión de los descendientes en favor de los ascendientes donantes con arreglo á los arts. 812 y 838.

e) El derecho á alimentos concedido á los hijos ilegítimos como transmisible á los herederos en virtud del art. 845.

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA

I. — *Ideas generales.*

Los derechos á la sucesión de una persona se transfieren en el momento de su muerte, con arreglo á su voluntad, contenida

en su testamento, ó con arreglo á la ley, por proceder la sucesión intestada ó haber derecho á legítima. (Arts. 657 y 658.)

El concebido se entiende por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. (Arts. 29 y 30.)

Los hijos y descendientes legítimos son, en primer término, herederos forzosos en la sucesión testamentaria, y ocupan en la intestada el primer orden en los llamamientos.

De aquí que cuando la viuda de la persona de cuya sucesión se trata queda encinta, se origina un estado de derecho anormal. Las personas designadas por el testador, ó los más próximos parientes designados por la ley, debían adquirir la herencia desde el momento de la muerte del causante; mas existe un sér concebido, á quien la ley otorga condicionalmente derechos, y ese sér, si llega á nacer y á tener existencia legal, ha de privar en todo ó en parte de su derecho á los demás que esperaban heredar. La situación, aun siendo cierto el embarazo, origina una colisión de derechos que exige dos medidas esenciales: es una de ellas dejar en suspenso los derechos á la herencia hasta que se realice ó no la condición de que dependen; es la otra asegurar la verdad del embarazo y del nacimiento del póstumo, por lo mismo que lleva consigo consecuencias tan transcendentales.

Por otra parte, el embarazo pudiera ser falso ó fingido, medio indigno para despojar de los bienes á los herederos á quienes por derecho correspondan; el parto puede ser supuesto, ó la criatura no nacer viable, y ante estos peligros se hace aun más necesario tomar ciertas prudentes precauciones para evitar el engaño ó la falsedad, y con ello los perjuicios consiguientes. La ley penal debe ayudar á la ley civil.

Pero no sólo deben tomarse esas precauciones cuando queda en cinta la viuda de la persona de cuya sucesión se trata, sino también siempre que haya algún ser concebido cuyo nacimiento pueda alterar el derecho á la sucesión, excluyendo á otros ó li-

mitando su participación. Este hecho ocurrirá pocas veces en la sucesión testamentaria; pero puede presentar bastantes casos de aplicación en la sucesión legítima. Por ejemplo: muere el padre sin descendientes, mas queda en cinta la viuda de un hijo que poco antes falleció; el nieto, si llega á nacer, excluye á los ascendientes ó colaterales á quienes correspondería la herencia. El sobrino que puede nacer de la viuda de un hermano del causante, puede motivar parecida exclusión de otros parientes ó disminución en el haber hereditario. No sería justo dejar en el desamparo los derechos de estos parientes ni los de aquel sobrino.

A la necesidad de armonizar en lo posible el interés del póstumo y el de los herederos condicionales, y á la de dictar reglas aplicables á la situación provisional que se crea, obedecen los preceptos del legislador en los arts. 959 al 967.

II.—*Precedentes históricos.*

Materia delicada la de esta sección del Código, ha sido desenvuelta por el legislador con acierto, perfeccionado en casi todo, nuestro anterior derecho, que se encerraba en la ley 3.ª, título 6.º, libro 3.º del Fuero Real, y en las leyes 7.ª, tít. 22, Partida 3.ª, 16 y 17 del tít. 6.º, Partida 6.ª

Fuero Real.—«Si aquel que muriere dexare su muger preñada, é no hobiere otros fijos, los parientes más propincuos del muerto en uno con la muger escriban los bienes del muerto ante el alcalde, é téngalos la muger; é si después nasciere fijo ó fija, é fuere baptizado, hayan todos los bienes del padre, é porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo ó de la fija, el alcalde, con los parientes sobredichos, pongan dos mugeres buenas al menos, que estén delante á la nascencia con lumbre; y no entre otra muger á aquella hora fuera aquella la que hobiere de servir á la aparición, y ésta sea bien catada que no puede facer engaño; é si la creatura muriere ante que sea baptizada, hereden su buena los parientes más propincuos del padre é no de la

madre, y si despues que fuere baptizado muriere herédele la madre.»

Partidas.—La ley 7.ª, tít. 22, Partida 3.ª, se limitaba á conceder á la viuda que quedase en cinta el derecho de pedir al juez el apoderamiento de los bienes de su marido, alimentándose de ellos desde la muerte de dicho marido hasta el nacimiento del póstumo.

La ley 16 del tít. 6.º, Partida 6.ª, señala los efectos de quedar en cinta la viuda: «Sin testamento muriendo algund ome dexando su muger preñada ó cuydando que lo era, dezimos que nin hermano nin otro pariente del muerto non deue entrar la heredad del finado, ante deue esperar fasta que la muger encaezca. E estonce si el fijo á la fija nasciere biuo, él aurá la heredad é los bienes del padre. Pero si sopiere cierto que la muger non finca preñada, estonce puede el más propincuo pariente entrar la heredad del muerto como heredero dél, parándose á pagar las debdas é facer las otras cosas que era tenudo de dar é de pagar el señor cuyos fueron los bienes. E eso deue facer con otorgamiento del juez del lugar.»

Después de esto, la ley 17 del mismo título y Partida, sustituye á las sencillas reglas contenidas en el Fuero Real una serie detallada de medidas y precauciones exageradas y hasta ofensivas para el pudor de la viuda, de las que nos hemos ocupado en el tomo 5.º de esta obra, páginas 261 á 264, 1.ª edic., y 263 á 266, 2.ª id., refiriéndonos á aquel lugar para evitar innecesarias repeticiones.

El Ordenamiento de Alcalá, las leyes de Toro y las de la Nueva y Novísima Recopilación no se ocupan de esta materia.

El Proyecto de Código de 1851 contenía disposiciones análogas á las que hoy rigen, añadiendo algunas que han sido ahora suprimidas, como la referente á no poderse reclamar de la viuda nada por los alimentos que hubiere percibido, aun no resultando cierto el embarazo.

ARTÍCULO 959

Cuando la viuda crea haber quedado en cinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo.

ARTÍCULO 960

Los interesados á que se refiere el precedente artículo podrán pedir al Juez municipal, ó al de primera instancia donde lo hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, ó que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la viuda.

ARTÍCULO 961

Háyase ó no dado el aviso de que habla el art. 959, al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados. Estos tendrán derecho á nombrar persona de su confianza, que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuere rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento, debiendo éste recaer en Facultativo ó en mujer.

ARÍCULO 962

La omisión de estas diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, la cual, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo, debidamente representado.

La acción para impugnarla por parte de los que tengan este derecho, prescribirá en los plazos señalados en el art. 113.

ARTÍCULO 963

Cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su espo-

sa, estará ésta dispensada de dar el aviso que previene el art. 959, pero quedará sujeta á cumplir lo dispuesto en el 961.

Se presume legítimo, con arreglo al art. 108, el hijo que nace dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio.

Al quedar realmente en cinta la viuda, los derechos del hijo póstumo á la herencia se hallan debidamente asegurados, pues en todo caso bastará probar la certeza del parto y su fecha. Mas esto no evitaría que, ignorantes de tal hecho los herederos presuntos, testamentarios ó legítimos del causante, se apoderasen de los bienes hereditarios y se los repartiesen, disfrutándolos como poseedores de buena fe, y haciendo gastos á cuyo reintegro tendrían derecho, todo sin perjuicio del póstumo. Tampoco evitaría una cuestión litigiosa, sobre la realidad del parto y la legitimidad del hijo, con los gastos y perjuicios consiguientes, todo lo cual puede y debe evitarse mediante el cumplimiento bien fácil y sencillo de las prescripciones del Código. Esto prueba que, aunque aparentemente, las precauciones ordenandas en los arts. 959 al 963, tienden á favorecer á los presuntos herederos, dando á éstos derechos é imponiendo obligaciones á la viuda: en realidad, no es así, sino que más bien se han dictado en beneficio del póstumo, y con el fin de dificultar la alteración de la verdad y la suposición del parto. Unicamente cuando el embarazo no sea cierto, las disposiciones del Código aparecen dictadas en beneficio exclusivo de los presuntos herederos y contra la viuda; pero en tal caso no existe hijo póstumo legítimo cuyos intereses deba amparar la ley, y será tanto más difícil la situación de la viuda que quebrante los preceptos legales, y tanto más favorable la posición de dichos herederos.

Con el fin, pues, de armonizar todos los intereses nacidos del hecho de quedar la viuda en cinta, y de evitar dificultades y cuestiones posteriores, el Código civil impone á la viuda dos obligaciones bien determinadas: una de ellas, la más importan-

te, siempre ó en todo caso (art. 961); y la otra condicional (artículo 959 en relación con el 963).

Obligaciones de la viuda que queda en cinta.—La primera cuestión, antes de explicar dichas obligaciones, consiste en determinar quién es esa *viuda* que queda en cinta, á la cual se refiere el Código en los artículos que vamos á examinar.

Dos soluciones pueden presentarse: una limitada, otra de carácter general.

Según la primera solución, el Código se refiere únicamente á la viuda de la persona de cuya sucesión se trata. Aparte de ser ésta la idea que desde luego aparece admisible á la simple lectura del artículo, las frases «crea haber quedado en cinta», «cuando la viuda queda en cinta», «que quede en cinta», unida á la obligación que esa especial situación impone, indican bien claramente que se trata de una obligación inmediata á la muerte del causante, ó lo que es lo mismo, que acaba de morir el marido y que de la sucesión de éste se trata, circunstancia no aplicable á otra viuda que hubiese quedado en cinta en época anterior al fallecimiento del causante, y cuyo hijo pueda más tarde ostentar derecho á la herencia de terceras personas fallecidas después de la viudez y antes del nacimiento.

Según la segunda solución, la viuda á que el Código en general se refiere, es toda viuda que quede en cinta ó esté en cinta al fallecimiento de una persona en cuya sucesión pueda tener el póstumo derechos, puesto que en todo caso existirían personas que tengan en la herencia un derecho que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento de ese póstumo. No puede decirse que este caso se halle de esencia incluído en el anterior, pues si bien es cierto que adoptadas las precauciones legales á la muerte del marido, queda comprobado el embarazo y el nacimiento con relación á la herencia de dicho marido y con relación á la herencia de cualquiera otra persona, también lo es, por otra parte, que los presuntos herederos del marido pueden ser distintos de los del otro causante, y por otra, que no hay herencia donde no hay nada que heredar, y pudiera carecer de bienes el marido,

y poseer una gran fortuna su padre ó un hermano, por ejemplo, no adoptándose precaución alguna por innecesaria en la sucesión de aquél, y siendo casi indispensable ó muy conveniente en la de éstos.

Nosotros creemos que el Código sólo se refiere á la vida de la persona de cuya sucesión se trata; pero que, por identidad de razón, sus disposiciones son aplicables á toda viuda que esté en cinta al fallecimiento de una persona á cuya herencia tenga derecho el póstumo, con exclusión ó disminución por su nacimiento en los derechos sucesorios de terceros.

En cuanto al hijo concebido, es indudable que la ley sólo se refiere á los hijos legítimos, como lo prueba la palabra *viuda* que se emplea. Ni puede ser de otro modo, porque los derechos de los hijos naturales no arrancan de su nacimiento, sino de su reconocimiento ó legitimación, y aun cuando sea posible el reconocimiento de un hijo que sólo se halle concebido y cuya existencia origine una situación especial en todo parecida á la del póstumo legítimo, este hecho no ha sido indudablemente previsto por el legislador, y resultará casi siempre del testamento del causante, siendo rarísimo que ocasione perturbación.

Esto sentado, veamos cuáles son, según el Código, las obligaciones de la viuda, cuando sepa ó crea ó tenga sospechas de haber quedado en cinta.

Primera.—Poner el hecho, creencia ó sospecha de estar en cinta, en conocimiento de los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza, que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo.

El *objeto* de este aviso ú obligación es hacer constar el hecho verdadero ó probable del embarazo, y con él la posibilidad del nacimiento de un sér que altere los derechos sucesorios en la herencia del causante.

Desde el momento en que se hace constar ese hecho, hay incertidumbre respecto á las personas que deben ser llamadas á la sucesión, dependiendo el derecho á la herencia, en todo ó en parte, de que llegue ó no á nacer en condiciones legales el sér con-

cebido. Media, pues, una condición que deja todo en suspenso hasta tanto que el hecho se realice ó deje de realizarse.

Para saber cuáles son las personas á quienes debe dar aviso la viuda, hay que prescindir de la existencia del póstumo, y determinar quiénes son, en su defecto, los que deben recibir la herencia de que se trate. Estas personas, que desde luego heredarían con arreglo al testamento ó á la ley si no quedase en cinta la viuda, son los verdaderos interesados á quienes debe darse conocimiento del embarazo. Herederos abintestato, que por el nacimiento del póstumo serán excluídos ó perjudicados; herederos forzosos, que verán disminuído su haber ó serán privados de la herencia; herederos voluntarios que, cuando más, podrán aspirar á la parte de libre disposición (1).

El precepto es general. La viuda lo mismo debe avisar á los interesados extraños, que á los parientes colaterales, á los ascendientes, á los hijos de otro matrimonio, ó á sus propios hijos. El Fuero Real se refería sólo al caso de que á la muerte del padre no hubiere otros hijos, se supone, del mismo matrimonio. Ni la madre puede tener interés en fingir el nacimiento de un hijo más, ni los hijos deben dudar de su madre. Parece, pues, que este caso deberá excluirse, y la práctica le excluye desde luego. Sin embargo, la ley, como hemos dicho, establece una regla general: siempre que el nacimiento del póstumo pueda perjudicar los derechos sucesorios de una persona, debe ésta ser avisada; y es que no se trata sólo del interés del póstumo y de los presuntos herederos, sino también de la necesidad de proveer al estado especial en que se halla la herencia por la incertidumbre en que queda envuelta. Libres son, por otra parte, los presuntos herederos del causante, de fiarse por completo en la buena fe de la viuda.

Puede dudarse si el aviso debe extenderse á los legatarios, cuando su derecho *en* la herencia *pueda* desaparecer ó disminuir

---

(1) Si los herederos fuesen desconocidos, estimamos que el aviso debe darse al juez del domicilio de la viuda.

por el nacimiento del póstumo. Mas el art. 959, al referirse á los que tengan á la herencia un derecho de tal naturaleza que *deba* desaparecer ó disminuir, indica que no se trata de derechos que *puedan* experimentar perjuicio, sino de derechos que necesariamente han de experimentarlo. Entendiendo de este modo la ley, estimamos que sólo deberá avisarse á los legatarios cuando el testador haya distribuído todos los bienes de la herencia, ó al menos más de un tercio en legados, porque entonces es indudable que esos legados habrán de anularse unos y reducirse otros, y no resulta violenta la aplicación del artículo á los legatarios.

También deberá avisarse á los albaceas universales, en su caso, como verdaderos interesados.

No marca la ley el plazo en que debe darse el aviso, pero basta fijarse en su objeto y en las palabras del art. 959, para comprender que debe verificarse lo más inmediatamente posible al fallecimiento del causante. La viuda no ha de esperar á cerciorarse de la exactitud del embarazo: debe avisar sólo en cuanto *crea* ó tenga sospecha de que está en cinta.

Desde luego, no bastará avisar á uno de los presuntos herederos, sino que deberá avisarse á todos. En cuanto á la forma, lo esencial es que el hecho llegue á conocimiento de los interesados, sea cualquiera el procedimiento que para ello se emplee. Los interesados conocerán el peligro y procurarán asegurarse de su verdad. Convendrá, sin embargo, valerse de un medio que constituya, caso necesario, prueba fácil de haberse llevado á efecto el precepto del art. 959, sobre todo cuando haya motivo para sospechar que más tarde puedan promoverse cuestiones sobre si se puso ó no el embarazo en conocimiento de los interesados.

Hay casos en los cuales no es necesario el aviso previo á que está obligada la viuda con arreglo al art. 959. Estos casos son los siguientes:

A) Cuando el marido hubiere reconocido en documento público ó privado la certeza de la preñez de su esposa (art. 963).

En el mismo testamento puede el marido instituir por heredero al póstumo, lo que equivale á reconocer la certeza del embarazo. De todos modos, aun mediando ese documento privado ó público, como para heredar necesita el sér concebido, nacer con figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, hay que aplicar siempre el art. 961. En cambio, el aviso á que se refiere el 959 no es preciso, porque aunque los presuntos herederos no conozcan el documento en que el marido, afirma la preñez, lo cual es muy posible, lo esencial es que conste, que se justifique de algún modo que al morir el marido; su viuda quedó encinta, y este hecho queda comprobado con aquel documento.

El objeto del art. 963 es sólo dispensar á la viuda del aviso que debe dar á los presuntos herederos y evitar toda medida que tienda á comprobar la verdad del embarazo. Por su índole especial no puede ese artículo tener más alcance. Así es que aun cuando exista dicho documento, esto no estorba el derecho á alimentos de la viuda, las medidas necesarias para la seguridad y administración de los bienes, la suspensión de la partición de la herencia, y cuanto puede estimarse comprendido en los artículos 964 al 967, y aun las precauciones necesarias para cerciorarse los herederos de la verdad del parto, con arreglo á los artículos 960 y 961.

B) Por su propia naturaleza, la obligación del art. 959 se refiere á un estado reciente de embarazo. Próximo ya el parto, este primer aviso puede sustituirse por el más esencial á que se refiere el art. 961, que tiende, no á hacer constar la realidad del embarazo, sino á asegurar la verdad del parto y el nacimiento del hijo en condiciones viables.

C) Cuando la única interesada en la herencia, con arreglo al testamento ó á la ley, sea la misma viuda, puesto que aparte de no haber persona á quien se avise, no puede tampoco haber sospecha en ella de que tenga interés en fingir el embarazo ó en suponer el parto.

El Código no establece sanción alguna á la falta de cumpli-

miento de esta primera obligación de la viuda. Se comprende que así sea, porque está principalmente establecida en interés de la viuda y del póstumo. Si han de señalarse á aquélla alimentos con arreglo al art. 964, si ha de quedar en suspenso la división de la herencia con arreglo al 966, necesario es que conste el embarazo ó sea por todos los interesados conocido. Por eso repetimos que la viuda es la primera interesado en cumplir esa obligación, ó en dar á conocer el documento en que su marido reconoza la certeza de la preñez, y que la ley obra cuerdamente al no establecer ninguna sanción.

Segunda. Al aproximarse la época del parto, la viuda deberá ponerlo en conocimiento de los mismos interesados.

El objeto de esta segunda obligación es proporcionar á las personas, cuyo derecho á la herencia puede desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo, la ocasión de asegurarse de la realidad del parto y del nacimiento en condiciones viables.

Esta obligación, al mismo tiempo que permite á la viuda patentizar la verdad alejando toda sospecha de fraude, comunica al nacimiento del póstumo todas las garantías de certeza que pudieran desearse, y dan á los presuntos herederos un medio seguro, bien para evitar en su caso la suposición de parto, ó que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo en realidad, bien para convencerse de que se ha cumplido la condición que les excluye de la herencia ó disminuye su participación en ella.

De aquí que esta obligación constituya un requisito esencial en la materia, teniendo mucho mayor alcance é importancia el precepto del art. 961 que el de 959, y debiendo siempre cumplirse, háyase ó no dado el aviso de que habla dicho art. 959, y exista ó no el documento á que se refiere el 963. Solamente puede estimarse excepcional el caso en que la única interesada en la herencia, con arreglo al testamento ó á la ley, sea la misma viuda.

Esta obligación ha de cumplirse al aproximarse el parto, sin esperar á la última hora, no sólo para evitar que el parto sor-

prenda á la viuda cuando no haya aún cumplido la obligación, sino también para que haya tiempo suficiente á fin de que los interesados, y en su caso el Juez, nombren persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento.

Respecto á las personas que deben ser avisadas, y forma en que debe darse el aviso, nos referimos á lo expuesto anteriormente al tratar de la primera obligación, debiendo ponerse el hecho en conocimiento del Juez del domicilio de la viuda, si no se conocen herederos.

Facultades de los herederos.—En relación con las obligaciones de la viuda, señala el Código las facultades concedidas á las personas que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer ó disminuir por el nacimiento del póstumo.

Enteradas esas personas de que la viuda está ó cree haber quedado en cinta, *pueden* acudir al Juez de primera instancia, donde lo haya, ó al Juez municipal en su defecto, del lugar del domicilio de la viuda, para que dicte las providencias convenientes, á fin de evitar la suposición de parto ó que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo en realidad, cuidando de que no se ataque al pudor ni á la libertad de la viuda.

Como se ve, no se trata aquí precisamente de cerciorarse de la verdad del embarazo. La misma viuda no siempre puede estar segura de ello, ni la ciencia médica puede afirmarlo hasta un período relativamente avanzado. Existe un embarazo probable, ó la viuda así lo cree, ó al menos lo dice. Nada de reconocimientos inútiles ó vergonzosos que ataquen al pudor de la mujer; nada de reclusión, ni guardia, ni otros medios que coarten la libertad. Lo esencial es evitar el engaño y que se suponga un parto ó un nacimiento en condiciones legales que en realidad no hayan existido, y á esto han de tender las medidas de precaución á que se refiere el art. 960. Sin atacar á la libertad ni al pudor de la viuda, puede ejercerse la debida vigilancia para que no se falsee la verdad, ni pase desapercibido el momento del parto.

Los interesados *pueden* acudir á la autoridad judicial. Es, desde luego, una facultad que se les concede y de la que sólo deben usar en caso necesario. Siendo posible, es mejor y menos violento obrar de acuerdo con la viuda: cumpliendo ésta la obligación que el art. 961 le impone, que es la más esencial, las providencias, medidas ó precauciones á que el 960 se refiere pueden estimarse innecesarias. Pero si los interesados, sin acudir al Juez, tratan de valerse para su seguridad, de medios ó procedimientos que ataquen al pudor ó á la libertad de la viuda, puede ésta á su vez impetrar el auxilio de dicha Autoridad, para que los expresados medios no traspasen el límite conveniente.

Las medidas á que se refiere el art. 960 pueden no practicarse por no recurrir á ellas los interesados, ó por no avisar la viuda; mas aunque se practiquen, dicha viuda ha de dar nuevo aviso al aproximarse el alumbramiento, y entonces llega el momento crítico, alrededor del cual giran todas las disposiciones del Código en estos artículos, el momento del parto, para presenciar el cual tienen derecho los interesados á nombrar una persona de su confianza, entre ellos ó fuera de ellos. En la designación de esta persona la ley no exige condiciones determinadas, hombre ó mujer, con conocimientos ó títulos en medicina ó sin ellos; basta que merezca confianza á los interesados. La prudencia de éstos debe inspirarles lo mejor, buscando en la persona designada condiciones especiales que á la vez que les sirvan de garantía de verdad y de acierto, no ofendan los sentimientos de la viuda y motiven por parte de ésta la aceptación.

La viuda no tiene obligación de aceptar la intervención de la persona designada por los presuntos herederos, pues puede tener motivos racionales para rechazarla, y entonces la designación hecha por dichos interesados queda sin efecto, y debe pedirse al mismo Juez de primera instancia, ó municipal del domicilio, el nombramiento ó designación de otra persona: nombramiento que en tal caso ha de recaer precisamente en facultativo ó en mujer, tanto mejor si ésta es profesora en partos. En todo

caso la persona designada deberá presenciar el parto ó cerciorarse de su realidad, y del nacimiento de la criatura en condiciones legales.

Nada dicen los arts. 960 y 961 de lo relativo al procedimiento, siempre que se solicite la intervención judicial, ni nada puede hallarse concretamente en la ley adjetiva mientras no se reforme la de Enjuiciamiento civil, poniéndola en relación con el Código. Mientras tanto, ese procedimiento debe y puede ajustarse sin ninguna dificultad á lo que se ordena en los arts. 1811 y siguientes de dicha ley como disposiciones generales, para los actos de jurisdicción voluntaria, á cuya clase pertenece, sin necesidad de valerse de abogado ni procurador.

Como dice un ilustrado comentarista, la viuda puede cometer fraude de cuatro maneras: ó haciéndose embarazada después de muerto su marido, ó suponiendo un parto, ó sustituyendo un niño con otro, ó haciendo pasar por viable una criatura que no lo sea en realidad. El Código da medios suficientes para impedir estos tres últimos peligros de simulación. En cuanto al primero, la ley no contiene más que un precepto que le sea aplicable y trate de evitar el mal: el art. 108, según el cual sólo se considera legítimo el hijo cuando nace dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio. Pasado este plazo, los presuntos herederos del causante no pueden ya tener interés en asegurarse de la verdad del parto; el nacimiento del hijo no les perjudica, porque ese hijo es ilegítimo. Podrá juzgarse este remedio insuficiente, pero ni el mal es tan fácil de realizar como quiere suponerse, ni podría evitarse sin atacar la libertad de la viuda.

Por último, el Código, en el art. 962, prevé el caso de que no se practiquen las diligencias á que se refiere el art. 961, lo cual puede ocurrir por sobrevenir el parto antes de lo que se esperaba, por no haber dado aviso la viuda aun teniendo tiempo sobrado para ello, por avisarse en los últimos momentos ó por descuido de los interesados. En este último caso, los interesados no pueden quejarse ni culpar á nadie más que á ellos mismos;

por lo que debe estimarse cierto el parto y cierta la viabilidad del recién nacido, sin acción para impugnar estos hechos, á no poder probar que existió fraude. En los demás, la ley no quiere que la omisión de dichas diligencias perjudique al póstumo; por esto dice que la legitimidad del parto, si fuere impugnada, podrá acreditarse por la madre ó el hijo debidamente representado, y que la acción para impuguar dicha legitimidad de parto prescribirá en los plazos marcados en el art. 113.

La acción de que aquí se trata, aun cuando pueda ejercitarse en los mismos plazos, es distinta de aquella á que se refiere el citado art. 113. Se trata en éste de la acción para impugnar la legitimidad del *hijo*, y en el 962 de la acción para impugnar la legitimidad del *parto*.

El hijo se presume legítimo cuando nace dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio (art. 108); mas esta presunción legal cede ante la prueba en contrario: prueba que no ataca á la realidad del parto, sino que le supone desde luego real y legítimo, disputándose sólo la paternidad, el hecho de proceder ó no el hijo de legítimo matrimonio.

Muy distinta es la esfera de acción del art. 962, aunque la ley use, refiriéndose al parto, la palabra *legitimidad*. Se trata de la realidad ó verdad del alumbramiento; los interesados, por cualquier circunstancia y sin culpa suya, no han podido cerciorarse de esa realidad, y creyendo el parto supuesto ó falso, lo impugnan. La viuda misma, ó si ella ha muerto, el hijo debidamente representado, pueden acreditar que el alumbramiento fué cierto, esto es, tendrán que probarlo, siendo esta la sanción que impone la ley ó el medio de suplir las diligencias que se omitieron. Probada la realidad del parto, su legitimidad, como dice el Código, aun puede atacarse la legitimidad del hijo, lo que hace evidente que se trata en los arts. 113 y 962 de hechos ó supuestos completamente distintos.

No aparece con toda claridad en la ley la distinción que establecemos según que exista ó no culpa en los presuntos here-

deros oportunamente avisados por la viuda. Pero en el art. 961 se trata de varias diligencias: la primera, es la de poner la viuda en conocimiento de los interesados la proximidad del parto, y las demás, las que esos interesados pueden, como consecuencia de tal aviso, poner en práctica. Al referirse el art. 962 á la omisión de las diligencias señaladas en el art. 961, alude, en nuestra opinión, á todas, y no existe la omisión de todas cuando la viuda, cumpliendo su deber, avisó con oportunidad. Además, no parece justo que se obligue á dicha viuda ó á su hijo á probar la legitimidad del parto, cuando este hecho se impugna por los presuntos herederos que pudieron cerciorarse de tal legitimidad y no lo hicieron por abandono, apatía, culpa ó dañada intención. El art. 195 del Código de Chile, en relación con el 198 en su último párrafo, expresa claramente que en el citado caso los interesados están obligados á aceptar la declaración de la viuda acerca del hecho y de las circunstancias del parto.

Concordancias.—Entre los Códigos hispano-americanos que como el nuestro determinan las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, á los efectos de la garantía de los derechos de los demás interesados en la herencia, merecen especial mención los siguientes:

Argentina, no admite las diligencias para el reconocimiento del embarazo de la viuda, tanto por ser medidas falibles, como por resultar humillantes y ofensivas para el pudor. En virtud de estos fundamentos, declara el Código argentino (art. 65) que se tendrá reconocido el embarazo de la madre por la simple declaración de ella ó del marido, ó de otras partes interesadas, considerándose á este fin como interesados: 1.º Los parientes en general del no nacido y todos aquéllos á quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, ó si el hijo no naciera vivo, ó si antes del nacimiento se verificase que el hijo no fuera concebido en tiempo propio; 2.º Los acreedores de la herencia, y 3.º El Ministerio de Menores. Las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo, sin embargo, el derecho que les

compete para pedir las medidas *policiales* que sean necesarias, ni suscitarán pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento (artículos 66 y 67).

Bolivia, siguiendo el criterio tradicional, brevemente dispone (art. 506) que cuando la mujer quede preñada del marido, lo debe hacer saber á los padres del finado ó á sus más inmediatos parientes para que reconozcan el vientre, observen el parto, y guarden al niño con las prevenciones necesarias á evitar un engaño.

Chile, Colombia y Ecuador, dentro del tít. VII del libro 1.º, relativo á los hijos legítimos, exponen con prolijidad las reglas especiales para el caso de divorcio que han de observarse al efecto de la legitimidad del concebido y que guardan analogía con los contenidos en nuestro derecho con relación á la viuda. Al efecto establecen estos Códigos, que á consecuencia de la *denunciación* que haga la mujer de que se crea preñada, y aun sin la notificación referida, podrá el marido enviar á la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda y además una matrona que inspeccione el parto, á menos que el Juez, encontrando legítima la oposición de la mujer, elija otras personas para dicha guarda é inspección. El marido tiene también derecho para que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de su confianza, á menos también que el juez, tenga á bien designar otra (artículos 192 y 193 de Chile, 187 y 188 del Ecuador y 226 y 227 del de Colombia).

Las demás reglas que minuciosamente exponen estos Códigos se refieren á la legitimidad de los hijos y modo de acreditarla.

Guatemala establece análogas medidas de precaución en sus artículos 214, 215 y 216, modificado el primero por el art. 66 del Decreto de Reformas. Honduras sigue al pie de la letra al Código español en sus artículos 1096 al 1100.

El Código civil de Méjico es de los hispanc-americanos el que más íntimamente concuerda en esta materia con el Código

español. Bajo las disposiciones comunes á la sucesión testamentaria y á la legítima y con el mismo epígrafe que nuestro Código establece las mismas reglas, si bien acentuadas con mayor rigor. Los interesados en la herencia pueden pedir al juez que se proceda *oportuna* y *decorosamente* á la averiguación de la preñez, pudiendo el juez señalar, en su caso, una casa decente, donde la viuda sea guardada *á vista* y con todas las precauciones necesarias, hasta que llegue el tiempo natural del parto. Este derecho de los interesados es tan amplio que pueden pedir en cualquier tiempo que se repita la averiguación (artículos 3638 á 3641). Las demás disposiciones concuerdan en su letra con las de los artículos de este comentario.

Perú no contiene preceptos concordantes respecto á la materia, tanto en el título de sucesiones como en los correspondientes á la paternidad.

El Código del Salvador (artículos 206 y 207) contiene idénticas disposiciones que las de los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador antes citadas.

El de la República Oriental del Uruguay, dentro del título de la paternidad y filiación (art. 199) concretamente preceptúa que la mujer que muerto el marido se creyere embarazada, debe denunciarlo á los que serían herederos del difunto, si no existiera el hijo póstumo, pudiendo los interesados pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurarse de que el parto es efectivo y que ha tenido lugar dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio.

ARTÍCULO 964

La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable.

ARTÍCULO 965

En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, ó se adquiera la certidumbre de que éste no ten-

drá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.

ARTÍCULO 966

La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto ó el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.

Sin embargo, el administrador podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial.

ARTÍCULO 967

Verificado el parto ó el aborto, ó transcurrido el término de la gestación, el administrador de los bienes hereditarios cesará en su cargo y dará cuenta de su desempeño á los herederos ó á sus legítimos representantes.

Señalan estos artículos los efectos que produce primero el hecho de quedar encinta la viuda, y después el hecho del nacimiento del póstumo, ó la imposibilidad de que éste se realice por no resultar cierto el embarazo, por sobrevenir el aborto ó por no nacer el feto en condiciones de vida.

PRIMERO. *Efectos que produce el hecho de quedar ó creer que queda encinta la viuda.*—Como hemos visto al examinar los artículos 959 al 963, todas las precauciones adoptadas tienden á asegurar la verdad del parto. Respecto al embarazo, es un hecho que no se comprueba, ni sería siempre posible, que un tercero, una persona distinta de la mujer, lo asegurase de un modo indudable. La viuda *cree* que ha quedado encinta, y lo pone en conocimiento de los interesados en la herencia del causante, ó el marido reconoce en documento público ó privado, más ó menos aventuradamente, la certeza de la preñez de su esposa. Esto es todo, y esto es bastante. La simple *posibilidad* del nacimiento

de un póstumo deja en lo incierto todos los derechos, y de aquí que se imponga como indispensable una suspensión en la transmisión de los derechos hereditarios y un estado transitorio y provisional que reclama determinadas disposiciones en la herencia.

A) *Suspensión de la partición* (art. 966) —El *primer* efecto que produce el hecho de quedar ó creer que queda encinta la viuda es la suspensión de toda transmisión definitiva de derechos por muerte del causante; y la razón es evidente: no se sabe quiénes serán los herederos, puesto que si el póstumo llega á nacer en condiciones legales, desaparecerá ó disminuirá el derecho de todos los demás interesados.

Como consecuencia necesaria de este primer efecto, declara el art. 966 que la partición de la herencia se suspenderá y seguirá en suspenso hasta que se verifique el parto ó el aborto, ó resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta.

Cuando en virtud del nacimiento del póstumo haya de desaparecer el derecho de los herederos designados por la ley ó por el testamento del causante, todos los herederos son condicionales, y, como hemos dicho, no sólo no se procede á la división de la herencia, sino que ni aun indivisa se adjudica á persona alguna, por estar el derecho hereditario en suspenso.

Cuando en virtud del nacimiento del póstumo el derecho de los presuntos herederos designados por la ley ó por el testador no deba desaparecer, sino sólo disminuir, como ocurre en el caso de corresponder la herencia á otros hijos, hermanos del concebido, el derecho hereditario no queda en suspenso en su esencia, sino sólo en cuanto á su extensión, y la partición de los bienes podría verificarse como condicional, siguiendo la doctrina del Código en el art. 1054, en relación con los 801 á 803. El artículo 966, sin embargo, dicta una regla terminante y especial para el caso de quedar encinta la viuda: la partición queda en suspenso hasta que la condición se cumpla ó no pueda ya ser cumplida. En vista de esta regla, creemos que en tal caso no

es aplicable el art. 1054, y, por tanto, que los presuntos herederos no pueden pedir la partición de la herencia, aunque aseguren competentemente el derecho del póstumo para el caso en que llegue á nacer en condiciones legales.

Mas aunque quede en suspenso la partición, no por eso puede afirmarse que quedan también en suspenso todos los derechos de terceros, en relación al caudal hereditario. Se suspenderán los derechos nacidos del testamento, cuando no se pueda determinar desde luego si deberán ó no hacerse efectivos hasta que se verifique ó no se verifique el nacimiento del póstumo; se suspenderá la declaración de herederos abintestato en su caso, y, por tanto, los derechos que esa declaración lleva consigo: mas no queda en suspenso el derecho de todos aquellos terceros que tengan que reclamar ó exigir el cumplimiento de obligaciones del causante ó pago de deudas hereditarias, porque, aunque se ignoren los herederos, hay herencia y tiene que haber persona que más ó menos transitoriamente la represente. Véase el artículo 966.

Según el art. 60 del Reglamento del impuesto de derechos reales vigente, el plazo de seis meses concedido para la presentación á liquidación de los documentos relativos á herencias, empieza á contarse en el caso del art. 966, desde el nacimiento del póstumo ó la realización de los hechos á que se refiere el mismo.

B) Seguridad y administración de los bienes (art. 965).—Esta situación especial y transitoria que el posible nacimiento del póstumo origina, exige á su vez reglas especiales de carácter provisional, análogas á las de los arts. 801 y siguientes, y de aquí el precepto del art. 965 que determina que, mientras dure tal situación, se proveerá á la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.

La personalidad condicional del póstumo será representada por la viuda.

El art. 965 sólo alude á las disposiciones de la ley de Enjui-

ciamiento civil sobre el juicio necesario de testamentaría en lo relativo á la seguridad y administración de los bienes de la herencia; pero no por esto dejan de presentarse algunas dudas, por ser tales medidas de las más esenciales y necesarias en dicho juicio, y después de las cuales pueden los interesados pedir que cese la intervención judicial.

¿Procede desde luego el juicio necesario de testamentaría cuando la viuda crea quedar en cinta, como un nuevo caso añadido al art. 1041 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sólo han de aplicarse las reglas de dicho juicio á instancia de parte legíma, y como especiales del caso, en la necesidad de fijar algunas?

A primera vista parece que la idea del Código es que en todo caso intervenga la autoridad judicial. En efecto, los términos imperativos empleados en el art. 965, al decir que *se proveerá* á la seguridad y administración de los bienes en la precisa forma que determina, y la cita del juicio *necesario* de testamentaría, y no del *voluntario*, así lo indican. Como además la posibilidad del nacimiento del póstumo crea una situación especial, por completo independiente de la voluntad de los interesados, y como la seguridad y administración de los bienes en el período que media desde la muerte del causante hasta el aborto, el parto ó el transcurso del tiempo, es una medida necesaria é indispensable, pídanlo ó no los interesados, natural es creer no precisamente que proceda el juicio necesario de testamentaría, pero sí que el juez debe obrar de oficio, con arreglo al art. 1042 de la ley de Enjuiciamiento civil, lo cual viene á ser lo mismo.

Juzgamos, no obstante, equivocada esta creencia, y desde luego ningún juez se atreverá á intervenir de oficio, fundándose en deducciones más ó menos lógicas de la doctrina del Código en el art. 965, mientras una nueva ley de Enjuiciamiento civil no lo ordene de un modo terminante. La situación que el Código prevé en los arts. 959 á 967 no encaja en la naturaleza propia del juicio necesario de testamentaría, ni es lógica la intervención judicial de oficio. Procede dicho juicio cuando, por ausencia ó incapacidad de los herederos, sin representación legal

alguna, es imposible que ellos mismos intervengan, y se hace necesaria para la seguridad de los bienes la intervención judicial. Análoga situación exige la prevención del abintestato, con arreglo á los arts. 959 y 960 de la citada ley de Enjuiciamiento. Ahora bien: no existe tal necesidad por el solo hecho de quedar en cinta la viuda; cierto es que la seguridad y administración de los bienes de la herencia hasta el cumplimiento ó incumplimiento de la condición, es una medida necesaria é independiente de la voluntad de los interesados, que siempre debe llevarse á efecto; pero cierto es también que siendo capaces la viuda y los herederos, y hallándose presentes, pueden ellos mismos adoptar de común acuerdo las medidas que juzguén oportunas para atender á esa necesaria administración y seguridad, sin que parezca admisible contra su voluntad la ingerencia de juez alguno. Aparte de esto, el Código expresamente relaciona de un modo directo á la viuda con los interesados, siendo á éstcs á quienes ha de avisar aquélla cuando crea estar encinta y cuando el parto se aproxime, y no á la autoridad judicial ni por conducto de la misma; y los presuntos herederos pueden á su vez solicitar del juez ciertas medidas, pero nadie les obliga á ello, en cuyos preceptos se observa cierta atmósfera de libertad, que excluye la nececesidad de que en todo caso intervenga el juzgado, y mucho menos sin que nadie lo pida.

Desde luego no será necesaria dicha intervención en los casos de excepción á que se refieren los arts. 1044, 1045 y 1094 de la ley de Enjuiciamiento civil. El art. 965 del Código contiene un precepto general; mas se refiere á reglas establecidas en la citada ley, y en la misma constan las excepciones: excepciones que influyen igualmente en el caso de haber de intervenir el juez de oficio, que en el de solicitarse su intervención por herederos voluntarios. Cuando el testador designa persona que practique las operaciones de la testamentaría, y prohibe la intervención judicial, y aun con mayor razón cuando además reconoce de algún modo la certeza de la preñez de su esposa, no hay inconveniente en que esa persona practique con las forma-

lidades legales el inventario y avalúo de los bienes, ni en que, de común acuerdo, la viuda y los presuntos herederos nombren un administrador, en el caso de no haberlo designado el mismo testador.

Aparte este caso especial de excepción, debemos deducir de todo lo expuesto que las medidas relativas á la seguridad y administración de los bienes de la herencia, no proceden de oficio, sino á instancia de parte legítima que solicite la intervención judicial, y, por tanto, que no pudiendo estimarse obligatorio para los interesados el acudir al juez cuando entre ellos hay desavenencia, pueden, de común acuerdo, adoptar las expresadas medidas.

Cuando proceda y se solicite la intervención judicial, se dejarán en lugares seguros, sellados y cerrados, los bienes, libros, papeles y efectos susceptibles de sustracción ú ocultación, depositando en el establecimiento público destinado á este fin, el metálico y efectos públicos, y en persona abonada, bajo la responsabilidad del juez y mediante inventario, aquellos á cuya conservación ó mantenimiento se deba atender, adoptando respecto á créditos, fincas, rentas y productos recogidos ó pendientes, las providencias y precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes. Después se practicará el inventario judicialmente, y se nombrará el administrador con fianza bastante á responder de lo que administre; fianza que, por lo menos, debe ser proporcional á la participación que en la herencia pueda corresponder al póstumo, caso de que los otros interesados mayores de edad quieran relevar al administrador de esa obligación.

Ahora bien: el administrador deberá siempre administrar con arreglo á lo preceptuado en la ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1096 al 1100, en relación con los 1005 al 1035, respetando, en su caso, con arreglo al art. 1096, la voluntad del testador.

La herencia, pues, con arreglo al art. 965 del Código, se halla en administración. A pesar de lo dispuesto en el art. 1098 de la ley de Enjuiciamiento civil, creemos que el administrador

que se nombre tendrá la representación de la herencia, á tenor de lo preceptuado en los arts. 801, 804 y 1026 del Código, y 1008 de dicha ley, pues dadas las circunstancias del caso, puede decirse que no hay herederos, ya que en absoluto ó en cuanto á su extensión su derecho es condicional.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, el albacea nombrado por el testador ejercerá las funciones propias de su cargo, excepto en lo relativo á legados en metálico, cuyo pago habrá de suspenderse, si por no caber en la parte de libre disposición, es dudoso si serán reducidos ó anulados por el nacimiento del póstumo, Tampoco podrá pagar á los acreedores sin previo mandato judicial mientras esté en suspenso la división de la herencia, como se ordena en el art. 966.

También ha de ser eficaz el nombramiento de administrador de la herencia hecho por el testador en su testamento.

C) Alimentos á la viuda (art. 964).—La disposición del artículo 964 del Código guarda relación con el art. 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Se trata de favorecer al póstumo y no á la viuda, ó lo que es lo mismo, ésta percibe la pensión que por alimentos pudiera corresponder al póstumo, si llegara á nacer y ser viable, ya que, como sér concebido, se considera como nacido para todos los efectos que le sean favorables. Por lo tanto, importa poco que la viuda sea rica ó que tenga bienes propios aparte de lo que por gananciales pueda corresponderle; y por lo mismo también el derecho que concede el art. 964 no excluye la aplicación del párrafo 2.º del art. 1379, ni la del art. 1430, según el cual, de la masa común de la herencia deben suministrarse alimentos al cónyuge sobreviviente, mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se le entregue su haber.

De las disposiciones citadas se deduce que la viuda que queda en cinta tiene derecho á dos pensiones alimenticias, la una por su propio derecho como viuda, y la otra en consideración al póstumo. Si las reclama conjuntamente, será conveniente, y aun necesario para los efectos ulteriores, fijar la cantidad que

se señale por uno y otro concepto. La cuantía de esos alimentos ha de ser proporcionada á los frutos y rentas de los bienes que puedan corresponder á la viuda y al póstumo, y si al liquidarse la herencia resultare excesiva, el exceso ha de rebajarse del haber que les corresponda, como se ordena en el art. 1430. Esto no ofrecerá dificultad cuando el póstumo llegue á ser heredero; pero podrá suceder que no lo sea, ya por no haber existido, ó por no haber nacido en condiciones legales para serlo. ¿A quién se cargarán en este caso los alimentos dados á la viuda que se creyó embarazada, en consideración al póstumo que no llegó á ser heredero? ¿Habrá de rebajarse el haber de la viuda que los recibió?

El Código no resuelve expresamente esta duda: se limita á ordenar en el art. 964 que «la viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, *deberá ser alimentada de los bienes hereditarios* habida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable». Es, pues, una carga que la ley impone á la herencia en favor de la viuda que queda encinta, aunque sea rica, y, por consiguiente, de los bienes hereditarios ha de pagarse, sin que en ningún caso pueda obligarse á la viuda á restituir lo que por ese concepto haya recibido, á no ser que hubiere mediado dolo ó mala fe de su parte, como sucedería si se hubiese supuesto embarazada á sabiendas de no estarlo, ó si ocultase el aborto ó cualquiera otro accidente que haga imposible el nacimiento viable del póstumo.

Es, además, conforme esta doctrina á la naturaleza y objeto de los alimentos provisionales, y á la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, antes y después de regir el Código civil, como puede verse en las sentencias citadas en el comentario al artículo 147, en la de 26 de Octubre de 1897 y en otras, según las cuales no tienen efecto retroactivo las sentencias firmes que se dicten reduciendo la cuantía ó negando el derecho á los alimentos provisionales, sin que haya obligación de devolver, en todo ni en parte, los recibidos en los casos en que la ley los concede.

Aplicando esta jurisprudencia al caso de que tratamos, en combinación con las disposiciones legales antes citadas, resulta, á nuestro juicio, que la viuda que por haber quedado encinta recibe los alimentos que le concede el art. 964, no está obligada á devolverlos, aunque resulte falso el embarazo, ó no sea heredero el póstumo por haber nacido muerto ó sin condiciones para ser viable. Si el póstumo llega á ser heredero, se sacarán esos alimentos del haber que en tal concepto le corresponda, como lo dan á entender las palabras del mismo art. 964 «habida consideración á la parte que en ellos puede tener el póstumo». En otro caso, se sacarán de la masa común de los bienes hereditarios, como carga impuesta por la ley sobre ellos.

Al administrador de la herencia corresponderá cumplir lo acordado sobre la obligación que resulta del art. 964. Los alimentos, según este artículo, y como ya se ha dicho, han de estar en relación con la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable. La idea es la misma que resulta del artículo 1100 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, de los productos de la administración se entregará, por vía de alimentos, á los herederos y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderles como renta líquida de los bienes á que tengan derecho, debiendo fijarse la cantidad á que ascienda esa renta y los plazos en que debe efectuarse la entrega.

Cuando el nacimiento del póstumo sólo pueda motivar disminución en los derechos de los herederos designados por la ley ó por el testador, esas disposiciones relativas á los alimentos pueden cumplirse sin dificultad; mas cuando ese nacimiento haga desaparecer el derecho de tales herederos, si ha de cumplirse el precepto del Código, los interesados hecha excepción del póstumo y la viuda, nada podrán percibir, porque aparte el derecho de ésta, con arreglo al art. 1430 del mismo Código, todo lo demás corresponderá al póstumo. En efecto: el art. 964 quiere que se le entreguen á la viuda los alimentos á que *pueda tener* derecho el póstumo si llega á nacer y ser viable, y no exige que ese

hecho de nacer se realice, sino que en todo caso previene se atienda á suministrar tales alimentos (todos aquellos á que pueda tener derecho), sólo por la posibilidad del nacimiento y los efectos que debe producir; por lo que es evidente que en el caso expresado, la viuda ha de percibir los productos líquidos de la administración, parte por su propio derecho, y el resto por los que al póstumo puedan corresponder. De común acuerdo, ó judicialmente, según los casos, se determinará la cantidad á que los alimentos deben ascender, la forma en que han de satisfacerse, y los plazos en que ha de realizarse la entrega.

D) *Pago de deudas* (art. 966). —El administrador, dice el artículo 966 en su último párrafo, podrá pagar á los acreedores, previo mandato judicial.

El derecho de los acreedores de la testamentaría para cobrar sus créditos vencidos ó los intereses, no puede quedar en suspenso por el hecho de que la viuda crea que está en cinta, y como es necesario que alguien se halle autorizado para el pago, y en su caso para contestar las reclamaciones que puedan entablarse, y la herencia se halla en una situación tan especialísima, la ley concede al administrador esa facultad.

No puede decirse, como lo hace un autor, que tal facultad constituya una anomalía. El administrador nombrado en virtud del art. 1020 del mismo Código, está también autorizado para pagar á los acreedores, y lo mismo los administradores de testamentarías ó abintestatos (núm. 4.º del art. 1030 de la ley de Enjuiciamiento civil). Si para realizar ese pago hubiera necesidad de vender bienes de la herencia, téngase presente dicho artículo 1030 y el 1031 de la misma ley, según los cuales, el administrador de un abintestato ó testamentaría puede proponer la venta de bienes cuando sea necesaria para el pago de deudas, debiendo decretarla el juez, previa audiencia de los interesados, para que se verifique en pública subasta y previo avalúo por peritos.

El Código, en su art. 1030 y para el caso de haberse acogido los herederos al beneficio de inventario, dispone que la enajena-

ción de los bienes hereditarios se realice en la forma establecida en la ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarías, *salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.* Las circunstancias son muy distintas, por lo que aquí no cabe tal excepción. Se trata de derechos del póstumo, y los bienes inmuebles que á éste puedan pertenecer no está facultada nunca su madre para enajenarlos á no mediar autorización judicial (art. 164). Algo análogo puede decirse respecto al pago de deudas. Se comprende que ciertos actos de simple administración de los bienes puedan practicarse de común acuerdo por la viuda y los presuntos herederos; mas para cuanto signifique actos de enajenación de inmuebles ha de estimarse indispensable el mandato ó la autorización judicial.

Segundo *Efectos del hecho de llegar ó no á verificarse el nacimiento del feto en condiciones legales.*—Al quedar en cinta la viuda, la transmisión de la herencia del causante se halla afecta á determinada condición: la de que el sér concebido llegue ó no á nacer en condiciones legales. Esta condición debe estimarse suspensiva con relación al póstumo, puesto que al cumplirse, por llegar á nacer éste, determina la adquisición de su derecho á la herencia. En cambio, respecto á los herederos designados por la ley ó por el testador, ha de estimarse resolutoria, puesto que ese mismo cumplimiento, determinado por el hecho de nacer el póstumo, ocasiona la extinción de su derecho hereditario, ya en absoluto, ya en cuanto á su extensión, según que deba desaparecer ó solamente disminuir por tal circunstancia.

Veamos los efectos que el hecho produce, según los casos:

A) Cuando el póstumo no llega á existir, ya por sobrevenir aborto, ya por transcurrir con exceso el término máximo para la gestación, ya por nacer sin figura humana ó no vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, cesa toda incertidumbre, y son llamadas definitivamente á la herencia las personas designadas por el testador, ó, en su defecto, los parientes á quienes corresponda con arreglo á la ley.

El administrador cesa en su cargo rindiendo cuentas de su

gestión á dichos herederos, con arreglo al art. 967, y puede procederse á practicar la división y adjudicación de los bienes hereditarios.

Si desde el fallecimiento del causante hasta el incumplimiento de la condición muere alguno de los herederos ó se incapacita, estos hechos no influyen en modo alguno en su derecho, adquirido el día de la muerte de dicho causante, y consolidado por el incumplimiento de la condición y los efectos retroactivos de ésta.

B) Por el contrario, si se verifica en tiempo oportuno y en condiciones legales el nacimiento del póstumo, este hecho produce los efectos siguientes:

1.º Si no existe testamento ni hay otros descendientes, el póstumo será el único heredero, excluyendo de la herencia á los ascendientes ó colaterales, ó á las personas á quienes hubiera correspondido si no hubiera llegado á nacer.

Si no existe testamento y hay otros descendientes, éstos heredan con el póstumo, viendo sólo disminuído su haber.

Si existe testamento y no hubo preterición del póstumo, se guarda fielmente la voluntad del testador, contando al póstumo como heredero único ó en el número de los herederos, según los asos.

Si existe testamento y el póstumo fué preterido, se anula la institución de herederos, á tenor del art. 814, siendo válidas las mandas, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no sean excesivas ó inoficiosas. (Véase el comentario de dicho artículo.)

2.º Determinadas ya las personas de los herederos, á ellos ó á sus representantes rendirá cuentas el administrador de los bienes hereditarios, cesando en su cargo y entrando la herencia en una situación normal.

Concordancias.—Ni con respecto al derecho de la viuda que quede en cinta de ser alimentada de los bienes hereditarios, ni en lo concerniente á la seguridad y administración de los bienes, el Código civil de la Argentina contiene precepto alguno

concordante con nuestro derecho. Dado lo terminante del Código civil argentino, que no reconoce *jamás* el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias, como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto ó después de tener lugar, ni á requerimiento de la propia mujer antes ó después de la muerte del marido, ni á requerimiento de éste ó de partes interesadas (art. 78); en virtud de estos principios, repetimos, el Código referido considera innecesarias cuantas medidas se refieren á la alimentación de la viuda, á la custodia de los bienes y á la administración de la herencia en los casos contenidos en nuestro novísimo derecho. Tampoco el de Bolivia contiene disposición alguna concordante.

Los Códigos de Chile (art. 199), Colombia (art. 233) y Ecuador (art. 194) omiten cuanto se relaciona con la administración del caudal, suspensión de la división de la herencia y rendición de cuentas por el administrador; pero en cuanto á los alimentos que se deben á la viuda en cinta, en los artículos que citamos disponen aquellos cuerpos legales que la madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, se le asigne lo necesario para su subsistencia y para el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte no haber habido preñez, no estará obligada á restituir lo que se le hubiere asignado, á menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada ó que el hijo es ilegítimo.

Guatemala tampoco contiene concordancia alguna en ninguno de los extremos objeto de los artículos comentados. Honduras, en sus arts. 1101 á 1104, transcribe los correspondientes con nuestro Código.

El de Méjico es el que guarda más estrecha analogía con el español. Al efecto establece: 1.º La viuda en cinta, aun cuando tenga bienes, debe ser alimentada competentemente (art. 3643). 2.º La viuda que estuviere en el ejercicio de la patria potestad continuará en la administración de los bienes que correspondan á los menores (art. 3649). 3.º La división de la herencia se sus-

penderá hasta que se verifique el parto, mas los acreedores podrán ser pagados con mandato judicial (art. 3651); y 4.º Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la testamentaría, mientras no se verifique la partición (arts. 2068 y 3650).

Con excepción de las reglas que han de observarse durante los juicios de nulidad de matrimonio ó de divorcio, en el que se asigna pensión alimenticia á la mujer, el Código de Perú no contiene precepto alguno directamente concordante con la materia que examinamos.

El del Salvador, en su art. 213, marcha al unísono con las disposiciones antes consignadas de los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador.

Ultimamente, ni el del Uruguay ni el de los Estados Unidos de Venezuela, no expresan con determinación precepto alguno concordante con la doctrina general de los arts. 964 á 967 de nuestro Código.

SECCION SEGUNDA

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA

I.—Legislación y jurisprudencia anteriores al Código civil sobre bienes reservables.

En la repetida base 18 de la ley de 11 de Mayo de 1888 autorizando al Gobierno para la publicación del Código civil, se dice: «Respecto *de las reservas*, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición y el pago de deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.»

Como en la citada base, comprendiendo las deficiencias de nuestras antiguas leyes respecto á bienes reservables, se exige que se tenga también en cuenta la jurisprudencia, que no sólo

aclara y explica esas leyes, sino que las completa, debemos ocuparnos en este lugar, tanto de los preceptos de aquella legislación, como de la doctrina de esa jurisprudencia.

Ya en el tomo 5.º de esta obra, págs. 245 á 248, hablamos de dicha legislación anterior; conviene, no obstante, conocer el texto de las leyes para apreciar mejor su doctrina y sus deficiencias; y como consecuencia de éstas, la necesidad de llenar sus vacíos y la vacilación natural que por virtud de lo difícil de la materia se observaba en los fallos del Tribunal Supremo.

En el *Fuero Juzgo* se trata ya de las reservas. La ley 2.ª, título 5.º, libro 4.º, decía: «E la mujer que ovo dos maridos ó más, é ovo fiios dellos, *las arras* que ovo del un marido non puede dexar á los fiios del otro; mas cada *un fiio ó fia*, *ó nieto ó nieta*, debe aver las arras quel dió *su* padre ó su avuelo á *su* madre despues de la muerte de su padre.»

La ley 15, tít. 2.º del mismo libro y Fuero, precedente del artículo 834 de nuestro Código, quitaba á la viuda el derecho de usufructo que le correspondía sobre los bienes de su esposo difunto, si llegaba á contraer segundo matrimonio, con estas palabras: «E si la madre se casare despues de la muerte del marido, *desdaquel dia adelantre* deven aver sus fiios la parte que ella devia aver de la buena del marido si se non casare.»

En el último caso, la mujer perdía desde el momento de contraer las segundas nupcias el derecho que tenía sobre la buena de su primer marido; mas ese derecho, consistente en un simple usufructo, no era en caso alguno enajenable. En el caso primero la viuda no perdía su dominio sobre las arras aunque casase segunda vez; pero á su fallecimiento habían de pasar precisamente á sus hijos habidos en el primer matrimonio, en aquel para el cual dichas arras fueron entregadas.

El verdadero precedente en el Fuero Juzgo con relación á los bienes reservables, es solamente la ley 2.ª, tít. 5.º, libro 4.º, citada en primer lugar.

El *Fuero Real*, en la ley 1.ª del título 2.º del libro 3.º, vino, puede decirse, á copiar lo dispuesto en el Fuero Juzgo. «E si la

muger hobiere fijos de dos maridos, ó de más, cada uno *de los fijos* hereden *las arras* que dió su padre, de guisa que los fijos de padre no partan en las arras que dió el padre de los otros.»

Era un derecho especial de sucesión respecto á las arras en favor de determinados hijos: las del matrimonio para el cual se entregaron; mas sin expresar la naturaleza del derecho de la viuda sobre esas arras, ni si ésta podía ó no enajenar los bienes en que consistieren, durante su vida, por más que fuese lógico pensar que tal enajenación estaba prohibida, si precisamente habían de pasar á los hijos esos bienes á la muerte de su madre, por el hecho de haber contraído segundo matrimonio.

Las Partidas dedican á esta materia alguna más extensión. La ley 26, tít. 13, Partida 5.ª, disponía lo que sigue: «Marido de alguna mujer finando, si casasse ella después con otro, *las arras é las donaciones* que el marido finado le ouiesse dado, en saluo fincan *á sus hijos del primer marido*; é deuenlas cobrar é auer *después de la muerte* de su madre, é para ser seguros destos los fijos, fincales por ende obligados é empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo dezimos que sería, si muriesse el marido de alguna muger de quien ouiesse fijos, é teniendo ella en guarda á ellos é á sus bienes, se casasse otra vez; que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados á sus fijos, é aun los de aquel con quien casa, fasta que ayan guardador, é que les den cuenta é recabdo de lo suyo.»

No existe otra ley que determinadamente trate de los bienes reservables; pero la 24 del mismo título y Partida sa ha considerado aplicable en definitiva á esta materia por la jurisprudencia. Se ocupa dicha ley de bienes del peculio del hijo cuyo usufructo y administración corresponde al padre, y prevé el caso de que éste los enajenare; caso en el cual, como en el de tratarse de bienes reservables, quedaban obligados ó empeñados en favor del hijo todos los bienes de su padre, hasta obtener completo reintegro; añadiendo la ley: «E si por auentura en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos que non compliessen ó que los ouiesse el padre embargados ó mal-

parados en alguna manera, estonce pueden demandar sus bienes á quien quier que los fallen é deuenlos cobrar. E esto se entiende quando non quissieren heredad nin hauer parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen heredar en ellos, estonce non podrían demandar los sus bienes propios á aquellos á quien los ouiesse el padre enajenado, segund que es dicho: porque todos los pleytos derechos que el padre ouisse fecho, tenudos serían de guardar é de non venir contra ellos despues que fuessen herederos.»

Lógicamente debió entenderse esta ley aplicable también á las reservas, puesto que los casos no pueden ser más análogos. Los bienes reservables debían pertenecer á los hijos á la muerte de su madre binuba; esos bienes podían ser enajenados con más facilidad que los pertenecientes al peculio de los mismos hijos, y para asegurar su valor existía una hipoteca general y tácita sobre todos los bienes de la madre: mas si por cualquier circunstancia no resultaba aquélla eficaz, los hijos del primer matrimonio podían como último y necesario recurso rescindir las enajenaciones, siempre que antes renunciasen á la herencia de su madre, pues siendo herederos, habían de cumplir las obligaciones propias del causante, y como una de ellas, respetar dichas enajenaciones si fueron hechas sin limitación. El ser herederos no estorbaba el preferente reintegro en los bienes de la madre por razón de la hipoteca tácita; sólo se oponía á obtener ó recuperar los bienes transmitidos á terceros.

La obligación de reservar seguía limitada á la viuda y á las arras ó donaciones procedentes del primer marido.

La ley 15 de Toro (7.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación), concretó la legislación aplicable en esta forma: «En todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas *á reservar* á los hijos del primero matrimonio *la propiedad de lo que ovieren del primero marido ó heredaren de los hijos del* primero matrimonio, en los mismos casos *el varón* que casare segunda ó tercera vez, sea obligado *á reservar la propiedad dellos á los hijos* del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca de

este caso en las mujeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.»

Aquí se emplea por vez primera en las leyes la palabra *reserva;* se extiende al viudo la obligación de reservar impuesta antes solamente á la viuda, y como verdad legal reconocida, se habla de ser reservable la propiedad de cuantos bienes hubiese adquirido un cónyuge del otro, y de cuanto el binubo heredase *de los hijos* del primer matrimonio.

La jurisprudencia tuvo que resolver importantes cuestiones.

Las primeras hacen relación á las personas en cuyo favor debía entenderse establecida la reserva y los bienes á que se extendía. ¿Debían reservarse los bienes en favor de los hijastros? ¿Se establecía la reserva en favor de los nietos? ¿Era reservable lo que el abuelo binubo hubiese heredado de descendientes de segundo grado?

La sentencia de 9 de Mayo de 1859 resolvió la primera cuestión en contra del derecho de los hijastros. «Considerando, dice, que la reserva de la propiedad de los bienes por el cónyuge sobreviviente que pasa á segundas nupcias, sólo debe tener lugar en favor de hijos suyos habidos en anteriores matrimonios, según el texto expreso de la ley 26, tít. 13, Partida 5.ª, que no ha sido en esta parte modificada por la ley 7.ª, tít. 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, en las cuales se contienen y reasumen las del Fuero Juzgo y Fuero Real, citadas como aquéllas en apoyo del recurso, ninguna de las cuales ha sido infringida por la ejecutoria en el presente pleito promovido por los hermanos Villegas, hijastros y no hijos del difunto D. Gregorio Ramos».

La misma doctrina fué repetida en las sentencias de 31 de Mayo de 1861, 27 de Junio de 1866 y 16 de Enero de 1871, considerando siempre que la reserva sólo se establecía por la ley en favor de hijos *suyos* ó del binubo, habidos en el primer matrimonio.

Las otras cuestiones fueron objeto de la sentencia de 11 de Marzo de 1861, y en ella se lee la siguiente doctrina:

«Considerando que la ley 15 de Toro, aunque referente á la de los Fueros Juzgo y Real, y de las Partidas, es la primera en que se dispuso la reserva de los bienes que los padres *heredasen de sus hijos*:

»Considerando que dicha ley, como disminuye ó coarta los derechos que los padres tenían por leyes anteriores, y limita el de propiedad, debe interpretarse en sentido restrictivo:

»Considerando que si bien es cierto que generalmente bajo la denominación de hijos se comprenden en el derecho los nietos y demás descendientes en línea recta, esto no puede tener lugar cuando se trata de interpretación de leyes que tienen un objeto especial, como sucede con la 7.ª, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación; y mucho menos si se atiende á que en todas las de Toro, á que esa pertenece, se hace mención expresa de los nietos ó descendientes cuando se quieren extender á ellos las disposiciones relativas á los hijos:

»Considerando, por último, y aparte de las observaciones expuestas, que limitada en dicha ley á favor de *los hijos* la obligación de reservar los bienes que los padres hereden *de alguno de ellos*, el Tribunal sentenciador, dejando de extenderla á los abuelos respecto de los nietos, no ha infringido la ley de Toro citada, ni las demás que se alegan en el recurso».

Como veremos en su lugar, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Junio de 1895, aun fundándose en la legislación anterior al Código, sienta una doctrina enteramente contraria á la expuesta en 11 de Marzo de 1861, con relación á las personas en cuyo favor debe reservarse.

Más dificultad presentaba la resolución de otras cuestiones relativas á la naturaleza de los bienes reservables y al valor de las enajenaciones realizadas por el viudo antes ó después de contraer segundo matrimonio. En este punto, la jurisprudencia negó unas veces la validez de esas enajenaciones, y otras veces su eficacia, según la manera de apreciar la naturaleza del derecho concedido á los hijos en los bienes objeto de reserva, si bien la idea dominante fué sin duda la de considerar que ese derecho consistía en la nuda propiedad.

En la sentencia de 21 de Mayo de 1861 se leen los siguientes considerandos:

«Considerando que transfiriéndose por disposición de la ley *á los hijos* del primer matrimonio *la propiedad* de los bienes reservables *en el momento de contraer el padre segundas nupcias*, quedándole *el usufructo* y reservándolo hasta su muerte, la enajenación que de ellos hiciere no es eficaz, sosteniéndose solamente durante su vida, porque no ha podido transmitir un dominio que no tenía:

»Considerando que adquiriendo el hijo á la muerte del padre el pleno dominio de los bienes reservables, consigue igualmente las acciones á él inherentes, y puede desde aquel momento ejercitarlas contra el poseedor de la finca, por más que tenga asimismo la hipoteca tácita en los bienes del padre impuesta por la ley para la seguridad de la reserva, y no teniendo, por consiguiente, en este caso aplicación las leyes 24 y 25, tít. 13, Partida 5.ª, también alegadas.»

A pesar de la hipoteca, se concede en esta sentencia á los hijos el derecho de reivindicar los bienes que enajenó el binubo, partiendo de la base de que el acto es nulo, porque nadie puede transmitir derechos que no le corresponden. La sentencia de 31 de Enero de 1881 insiste en que á la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar. A su vez la de 8 de Junio de 1861 repite que la ley 24, tít. 13, Partida 5.ª, no es aplicable á los bienes reservables. Y la de 18 de Junio de 1880 se afirma en la idea de que, por virtud de la reserva, pasa á los hijos del primer matrimonio la *nuda propiedad* de los bienes, quedando al viudo solamente el usufructo de los mismos.

Pero en la expresada sentencia de 21 de Mayo de 1861 se afirma que á los hijos pasa la propiedad (nuda propiedad) de los bienes reservables *en el momento de contraer el padre segundas nupcias*, no pensando ciertamente en que el viudo podía enajenar antes los bienes, y que aun en tal caso, por el hecho de las segundas bodas, los hijos tenían el mismo derecho á esos bienes.

Bien pronto se suscitó esta nueva cuestión, que trató de re-

solver la sentencia de 16 de Junio de 1862, abordando el más grave problema que en relación á la materia podía presentarse. La doctrina de dicha sentencia es la siguiente:

«Considerando que la cuestión suscitada por la sentencia que ha motivado el presente recurso, es sólo referente á si los bienes reservables para los hijos del primer matrimonio, como los de que se trata, pueden ser válida é irrevocablemente enajenados ó gravados por el cónyuge que los posea, *antes de pasar á segundas nupcias.*

»Considerando que las leyes, al disponer que los bienes dejados por el cónyuge premuerto al sobreviviente, se reserven para los hijos de ambos, si el último contrajese otro matrimonio, limitaron y modificaron el derecho de éste respecto á dichos bienes:

»Considerando, en principio y con relación al punto del recurso, que á la obligación de reservar va íntimamente unida la prohibición de enajenar; deducción necesaria, á no suponerse el absurdo de que las leyes constitutivas de esa obligación quisieron dar al mismo tiempo á aquel á quien la imponen los medios de eludirla:

»Considerando que esa suposición se realizaría, reconociéndose la completa validez de las enajenaciones de los bienes reservables, hechas por el cónyuge antes de su ulterior matrimonio, porque entonces los que tratasen de contraerlo se apresurarían, como lo hizo la madre de los recurrentes, á burlar la disposición de la ley, enajenando ó gravando, en daño de los hijos del matrimonio anterior, los indicados bienes:

»Considerando, por tanto, que las enajenaciones ó gravámenes de ellos, *sólo serán válidos* mientras el cónyuge que enajenó ó gravó no incurriese en el caso de la ley, porque si después de hacerlo se casare, adquirían á su muerte los hijos el pleno dominio de los bienes reservables y el derecho para ejercitar las acciones á él consiguientes contra sus poseedores; no pudiendo, por consiguiente, los padres disponer eficaz é irrevocablemente de los indicados bienes sino por testamento, cuando falleciesen

en estado de viudez, ó en cualquier tiempo, faltando el objeto de la reserva, por haber premuerto aquellos en cuyo favor se estableció:

»Considerando que esta doctrina establecida en la legislación romana, especialmente en la Novela 98, cap. 1.º, de donde en su parte esencial pasó á nuestros Códigos, la consignan las leyes que tratan de la materia, que son todas las citadas en el recurso, principalmente la 23, tít. 11, Partida 4.ª; 26, tít. 13, Partida 5.ª, y 15 de Toro, y ha sido además admitida por la jurisprudencia y adoptada en sus fallos por este Supremo Tribunal.»

Hay que reconocer que en esta sentencia no se trató de establecer un derecho nuevo no consignado en ley alguna, como pretende algún escritor, sino que sencillamente, siendo necesario resolver la cuestión que se presentaba, el Tribunal se encontró encerrado, digámoslo así, en un círculo de hierro, y no pudo dar distinta solución: ó matar la reserva, permitiendo disponer de los bienes libremente antes de las segundas nupcias, ó declarar que, aun antes de éstas, el dominio concedido al viudo era sólo un dominio revocable ó condicional. Bajo la idea de ser ese viudo un simple usufructuario, se extremó la consecuencia, prohibiendo todo acto de enajenación.

Y ya en este camino, aunque reconociéndose en el fondo de la doctrina la existencia de un derecho condicional, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de Enero de 1874, explana su teoría en los considerandos que á continuación transcribimos:

«Considerando que las leyes citadas en este recurso, no menos que la jurisprudencia á su tenor establecida, imponen al cónyuge sobreviviente, si pasa á segundas nupcias, la obligación de reservar para los hijos del primer matrimonio todos los bienes que haya habido de su cónyuge premuerto por cualquier título lucrativo, igualmente que los que haya adquirido por sucesión intestada de alguno de los indicados hijos de su primer matrimonio.

»Considerando que dicha obligación alcanza á todos los men-

cionados bienes, cualquiera que sea la época en que el cónyuge sobreviviente los haya adquirido, puesto que por su sola procedencia están sometidos *desde entonces* al indicado gravamen de reserva y restitución, *si bien condicionalmente*, para el caso de que el adquirente contraiga segundo matrimonio.

»Considerando que, realizado este caso, todos los dichos bienes quedan *reservados* por disposición de la ley para los hijos del primer matrimonio, quienes desde el mismo instante adquieren su pleno dominio y propiedad:

»Considerando que, como consecuencia necesaria de las precedentes doctrinas legales, y con arreglo á la constante jurisprudencia de los Tribunales, y con especialidad de este Supremo, las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el cónyuge sobreviviente *antes ó después de su segundo casamiento, únicamente pueden ser eficaces y subsistir si á su fallecimiento no quedare ninguno de sus hijos del primero»*.

Y esta misma doctrina viene á sustentarse en la sentencia de 18 de Junio de 1880, aunque volviendo á la teoría del usufructo y la nuda propiedad: teoría sostenida, aun después de la vigencia del Código, en otro fallo del Tribunal Supremo, fecha 22 de Junio de 1895.

La Dirección general de los Registros, en cambio, resolvió en 25 de Diciembre de 1862 que el viudo, como poseedor de bienes sujetos á condición resolutoria, podía enajenarlos ó gravarlos á tenor del art. 109 de la ley Hipotecaria.

Por último, la sentencia de 4 de Julio de 1896, de que nos ocuparemos en su lugar, declara aplicable á las reservas la ley 24, tít. 13, Partida 5.ª, y sin acción, por tanto, los hijos para reclamar de terceros los bienes enajenados por su padre binubo, á no ser en el caso de que previamente renuncien su herencia.

Aparte de la jurisprudencia relacionada sobre personas á cuyo favor se establece la reserva, naturaleza de los bienes reservables y valor de las enajenaciones realizadas por el cónyuge binubo antes ó después de contraer las segundas nupcias, existen otras sentencias de menos importancia sobre puntos que

no podían ofrecer duda, la de 6 de Junio de 1891, declarando procedente la hipoteca en garantía de bienes reservables ordenada judicialmente, aunque no se haya instruído el expediente especial á que se refiere la ley Hipotecaria y su reglamento, y varias relativas á casos en que, ó no existe la reserva, ó ésta cesa.

Así, en 8 de Julio de 1874, se declara que la obligación de reservar establecida en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa cuando éstos, siendo mayores de edad y capaces de contraer, *renuncian* en debida forma el derecho que les corresponde.

En 10 de Enero de 1884 se establece que el convenio celebrado entre el cónyuge binubo y los hijos del primer matrimonio, con relación á bienes reservables, ha de respetarse, no pudiendo los hijos pretender su nulidad y reclamar después dichos bienes bajo pretexto de que en tal convenio se cedieron derechos que aun no les correspondían.

En 18 de Junio de 1880 viene á repetirse una doctrina análoga.

Y, por último, en 16 de Diciembre de 1875 se declara que adjudicada á la viuda en la partición de bienes por muerte de su esposo y en pago de su legado del quinto, parte de una casa hipotecada á la seguridad de créditos contra la herencia, y vendida después esa casa con todas las formalidades legales para hacer pago al acreedor, no pueden los hijos del difunto reclamar contra tal enajenación, aunque la viuda pasare á segundas nupcias, pues ni en realidad hubo bienes reservables, ni pueden los hijos y herederos prescindir de pagar las deudas y cumplir las obligaciones de su causante.

La ley Hipotecaria estableció una hipoteca legal en favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de sus padres cuando éstos pasasen á segundo matrimonio, ó heredasen bienes de sus descendientes, y aun sobre los del padrastro ó madrastra, siguiendo la doctrina de las Partidas, para asegurar á dichos hijos el derecho que la ley les reconocía en los bienes suje-

tos á reserva. Dictó, además, otras disposiciones especiales con el mismo fin, cuyas disposiciones, así como las relativas á la hipoteca legal, no detallamos aquí, porque forman parte del derecho vigente, y habremos de examinarlas al comentar los artículos 977 y 978.

Tal era la legislación anterior al Código civil y la doctrina sentada por la jurisprudencia sobre esta materia, que debían servir de base para la reforma. El Código, como veremos, aun ateniéndose á tales antecedentes, ha tenido que aclarar, completar y perfeccionar la doctrina, y al hacerlo ha modificado en ciertos extremos la legislación anterior, y al paso que ha extendido la esfera de acción de las reservas en cuanto á los bienes que deben reservarse y á los casos en que procede, ha limitado los efectos de las enajenaciones que de tales bienes puede realizar el viudo, tendiendo á limitar los graves inconvenientes prácticos que la institución ofrecía con relación al crédito territorial y á los derechos de terceros adquirentes.

II.—Ideas generales sobre bienes reservables.

A) *Idea y fundamento de la reserva de bienes en favor de los hijos.*—Supongamos un matrimonio con hijos. Muerto uno de los cónyuges, quedan en poder del que sobrevive bienes adquiridos por cualquier título lucrativo del cónyuge difunto ó de algnno de los hijos, ó adquiere después otros por herencia ó donación de los mismos hijos. Tales bienes, al fallecimiento del viudo, deben pasar, siguiendo el curso natural de los sucesos y el orden de las afecciones humanas, á los hijos y descendientes legítimos de la unión disuelta que sobrevivan. Para que este principio natural se altere, es necesario que cambien las afecciones del cónyuge supérstite, que nuevos lazos de cariño y amor motiven un olvido relativo de esos hijos, ó que éstos compartan con otros séres el lugar que ocupaban en el corazón de sus padres. Este peligro existe desde el momento en que el cónyuge sobreviviente contraiga nuevas nupcias ó tenga un hijo natural.

En tales casos, aquellas donaciones que se entregaron para el matrimonio que disolvió la muerte, aquellos legados con que el difunto agració á su consorte, tal vez pensando en los hijos de ambos á quienes en definitiva debían naturalmente pertenecer, cuantos bienes dejaron estos hijos por cualquier título lucrativo á aquel de sus padres que llega á sobrevivir, pueden ir á parar á manos extrañas, á hijos del segundo matrimonio ó naturales, al nuevo cónyuge directamente ó por mediación de esos mismos hijos, ó tal vez á parientes del cónyuge citado.

Ante este peligro, el legislador, atento siempre á conservar los bienes en la familia á que pertenecieron, y queriendo evitar á los hijos del primer matrimonio todo perjuicio en sus intereses, y asegurarles los bienes que proceden de sus padres ó hermanos, impuso al viudo ó viuda, si llegaba á contraer segundas nupcias, la obligación de *reservar*, esto es, de guardar ó conservar los bienes á que nos hemos referido, para los hijos ó descendientes del primer matrimonio. No quitó al cónyuge sobreviviente el derecho de disfrutar durante su viuda los bienes que debía reservar, pero á su muerte habían de pasar á esos hijos ó descendientes, siempre, es claro, que tales hijos ó descendientes existiesen en ese momento, pues si no existían, la reserva establecida únicamente en su favor, carecía de todo objeto y fin, y, por razón natural, si había llegado á nacer, desaparecía. De aquí se deduce el fundamento de la institución

No es, ciertamente, como algunos escritores han pretendido, que la ley trate de impedir ó limitar las segundas nupcias, y que imponga á manera de castigo al cónyuge binubo la pérdida de sus derechos sobre los bienes procedentes del primer esposo, porque si así fuese, esa pérdida de derechos tendría lugar siempre, quedasen ó no hijos del primer matrimonio. No es eso: si á la ley le preocupan las segundas nupcias, si fundado en ellas impone determinadas limitaciones al viudo, es porque teme que se ocasione un perjuicio injusto á los hijos de la primera unión, y que los bienes de una familia pasen á otra distinta contra la voluntad presunta de su dueño.

Esta idea, la de que los bienes queden en la familia á que pertenecieron, ha preocupado á los legisladores de nuestra patria en todo tiempo, y ha sido tenida en mucha consideración por los autores del vigente Código civil, como lo prueban los artículos 811 y 812. Sin duda ha influído poderosamente en el ánimo del legislador para aceptar la institución, y aun ampliar su esfera de acción, extendiéndola á bienes antes no reservables; pero no debe darse tampoco á este fundamento un predominio exclusivo: primero, porque en la reserva de que nos ocupamos, la ley sólo favorece á los hijos, no á los ascendientes, los hermanos del causante, ni otros individuos de su familia, que siempre, naturalmente, debían ser preferidos á los de la familia del nuevo cónyuge: segundo, porque la ley admite la sustitución de los bienes por su valor, lo que no ocurre en los arts. 811 y 812, y prueba que se mira como esencial el asegurar á los hijos ese valor, no el que reciban los mismos bienes familiares; y tercero, porque al indicado fin tiende ya de un modo más propio y directo el repetido art. 811, íntimamente ligado con el 969. Además, en lo que el viudo adquiere de un hijo no se mira para nada su procedencia anterior.

La ley establece una especie de sucesión forzosa en favor de los hijos, respecto á los bienes que fueron de su padre ó madre difuntos, ó de sus hermanos, ante el peligro de que tales bienes salgan de su cauce natural, por la celebración de un segundo matrimonio ó por la existencia de hijos naturales. Trátase, pues, de favorecer á los hijos de una determinada unión, de protegerlos contra los peligros de unas nuevas bodas ó de nuevas afecciones, que pueden ocasionar el que á esos hijos se les arranque un patrimonio que la ley mira como legítimamente suyo. Este es el fundamento principal de la reserva de que se ocupan los artículos 968 al 980, aunque también se inspirase el legislador en la idea de que los bienes quedasen en la familia á que pertenecieron, considerándola como un factor importante y entendiendo la palabra *familia* en un sentido limitado: padres é hijos de un matrimonio en contraposición á los de otro distinto. Con ello

se respeta además la presunta voluntad de la persona de quien proceden los bienes.

B) Naturaleza de la reserva de bienes en favor de los hijos—En la apreciación de la naturaleza de la reserva podemos observar tres tendencias distintas. El dibujo trazado por el legislador al marcar las personas obligadas á reservar y en cuyo favor debe reservarse, los bienes reservables, los casos en que cesa la obligación, y los efectos que produce, adolece de cierta vaguedad en lo que concierne á esa naturaleza, lo cual hace difícil precisar ó detallar ese dibujo.

Unos, dando relieve al cuadro, viendo sólo los puntos más salientes del mismo y marcándolos bien, han pretendido que existen dos derechos perfectamente delineados, claros y distintos: el usufructo en el binubo y la nuda propiedad en los hijos.

Otros, viendo solamente el fondo, aumentando la vaguedad, y alejando las figuras, sostienen que en realidad no hay nada nuevo ni especial, sino un simple derecho sucesorio concedido á determinados hijos dentro del marco de la sucesión en general.

Otros, por último, han creído ver la existencia de derechos condicionales inseguros: la reserva enlazada á hechos inciertos, que lo mismo pueden darle vida que darle muerte; algo que existe ó no existe, según que se cumpla ó no determinada condición.

Examinemos estas diversas opiniones.

PRIMERA. El legislador ordena que el cónyuge viudo, si contrae segundas nupcias, haya de guardar ó conservar determinados bienes para los hijos del primer matrimonio. Si tal efecto ha de producirse, necesario es que el viudo, aunque disfrute los bienes, no pueda desprenderse de ellos. El viudo es, pues, sólo un usufructuario; la nuda propiedad reside en los hijos; á la obligación de reservar va implícitamente unida la prohibición de enajenar, pues nadie puede trasmitir lo que no le pertenece. Esta es la idea dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior y aun posterior al Código civil; así lo prueban

las sentencias de 21 de Mayo de 1861, 18 de Junio de 1880 y 22 de Junio de 1895.

Esta opinión, atribuyendo derechos perfectamente claros y definidos al viudo y á sus hijos del primer matrimonio, daría á la materia una sencillez y claridad que hay que reconocer que no tiene. Si á los hijos correspondiese la nuda propiedad de los bienes reservables de un modo cierto y seguro, como se pretende, podrían transmitir su derecho antes de la muerte del cónyuge obligado á reservar, ya por actos entre vivos ó por causa de muerte; y en virtud de dicha transmisión, al ocurrir ese fallecimiento, los bienes pasarían, no á los hijos, como quiere la ley, sino á aquellas personas más ó menos extrañas á quienes ellos hubiesen enajenado su derecho, aunque por falta de los enajenantes quedasen otros descendientes con derecho á los bienes según dicha ley. Además, antes de las segundas nupcias era preciso negar á los hijos esa pretendida nuda propiedad, porque si el viudo no volvía á casarse, ¿en virtud de qué fundamento había de limitarse su dominio? Por último, el Código permite al viudo, y aun al binubo, la enajenación de los bienes reservables, como lo prueban los arts. 974 á 976, y aun pueden ser eficaces en absoluto tales enajenaciones y sin responsabilidad alguna en el cónyuge respecto á su valor, y si fuese un simple usufructuario, como esta opinión pretende, evidente es que sólo podría disponer de su derecho de usufructo.

El viudo tiene más derechos de los que se le quieren conceder; los hijos, en cambio, tienen menos. Esta opinión, repetimos, sólo ve dos puntos salientes: el usufructo y la nuda propiedad; los demás detalles de la institución no se perciben, quedan oscurecidos ante ese relieve engañador que sólo hace comprender dos cosas: que el viudo disfruta y que ha de guardar lo que disfruta para otras personas.

Segunda. De un defecto contrario adolece la opinión que sólo ve en las reservas un aspecto parcial de la sucesión. Si en la primera teoría se marcan exageradamente dos figuras salientes, en la segunda todo detalle se pierde en un fondo insondable.

El viudo, antes de casarse segunda vez, es dueño *absoluto* de los bienes; después contrae sencillamente *una obligación*: la de reservar. A su muerte, *suceden* en los bienes reservables los hijos del primer matrimonio. Esto es todo, dicen: «La sucesión, en general, es una universalidad jurídica de derechos y acciones, y una continuación de la personalidad del difunto con relación á aquellos derechos; mientras que la reserva es un título más limitado, más circunscrito, pues solamente comprende la sucesión en determinados bienes, á título particular, como si la persona á cuyo favor se constituye sucediera en virtud de una manda forzosa impuesta al difunto por la ley.» «Ambas instituciones tienen igual fundamento, y ambas se rigen por los mismos principios. La verdadera naturaleza de las reservas es la misma del derecho sucesorio.» (Valverde, *De los bienes reservables.*)

Esta teoría mira la cuestión desde un punto de vista tan general, que nada en realidad resuelve ni determina. Es evidente que las reservas son una materia propia de las sucesiones, como es evidente que imponen al viudo una obligación: nadie puede negarlo; mas ¿queda con esto determinada su naturaleza propia y especial? También es evidente que no; se encierra la cuestión en una vaguedad imperdonable. Los herederos voluntarios, los herederos abintestato, los herederos forzosos, los fideicomisarios, los legatarios, el ascendiente obligado á reservar en virtud del art. 811, los parientes dentro del tercer grado á cuyo favor se reserva, el ascendiente donante á quien se devuelven los bienes donados, según el art. 812, todos son sucesores, todos adquieren derechos más ó menos especiales que entran en el marco general de las sucesiones; y sin embargo, con decir esto nada se dice, porque falta conocer la especialidad de cada uno de esos derechos, que es la que, dándoles existencia propia é independiente dentro del grupo general en que se desenvuelven, constituye la naturaleza ó carácter que se trata de conocer.

Los hijos y descendientes del primer matrimonio son, en cuanto á los bienes reservables, herederos forzosos, legatarios forzosos, si así se desea; pero ni aun esto es bastante, porque

todavía contiene ese derecho y esa obligación á la reserva otros caracteres diferenciales con la sucesión forzosa, que le dan naturaleza independiente y propia.

El legitimario tiene por la ley asegurado su derecho, como los hijos del primer matrimonio, en las reservas; pero, por una parte, al que tiene derechos forzosos sólo se le impide disponer de los bienes *por título lucrativo* en perjuicio de esos herederos, y por otra, estos suceden en una cuota dentro del caudal existente á la muerte de su causante. En las reservas, por el contrario, el derecho de los hijos ó descendientes no recae en una cuota, sino en bienes determinados, y el obligado á reservar no puede disponer eficazmente de esos bienes *ni aun á título oneroso*, pues responde á sus hijos de ellos ó de su valor.

El ascendiente donante, en el caso del art. 812, es un legatario forzoso, y, como tal, un sucesor; pero sucede en los bienes donados que existieren en poder de su causante al morir éste, y ese causante, mientras vivió, fué un dueño absoluto de esos bienes sin limitación de ninguna especie. ¿Puede afirmarse que ocurre lo mismo en el caso del viudo?

La misma vaguedad que se observa en el derecho atribuído á los hijos se nota también en el derecho que se concede al cónyuge viudo Hasta que contrae segundas nupcias, se dice, es dueño *absoluto* de los bienes; después contrae sencillamente *la obligación* de reservarlos. Será, ciertamente, un dueño absoluto si no llega á contraer segundo matrimonio, pues si lo contrae, es un dueño que responde á sus hijos ó de esos bienes ó de su valor, y no vemos el absolutismo de un derecho que resulta de hecho limitado en la vida real. Al casarse segunda vez queda obligado á reservar; pero queda obligado no desde ese momento, sino desde la adquisición de los bienes, ó sea desde una época anterior. Véanse los arts. 974 al 976. Y en todo caso, ¿no es sumamente vago decir que contrae *la obligación* de reservar? Tan vago como afirmar que los hijos son unos sucesores. Grandes verdades que nada resuelven. ¿Cuál es la naturaleza de esa obligación? ¿Cuál es la naturaleza de ese derecho á suceder? Esto

es lo que es necesario determinar, no con pálidos colores y tintas confusas, sino con toda la claridad y detalle posible, para no confundir la institución de las reservas con ninguna otra.

TERCERA. En la opinión anterior vemos ya los caracteres más lejanos ó remotos de las reservas. En la primera hemos visto destacarse dos derechos principales en las mismas: el usufructo y la nuda propiedad.

Desde luego, es cierto que el cónyuge viudo es un usufructuario de los bienes reservables, que tiene el derecho de disfrutarlos durante su vida sin limitación alguna: lo prueba cumplidamente la misma palabra *reservar* y el texto expreso del artículo 971. ¿La nuda propiedad será, por tanto, de los hijos? Este es, á nuestro juicio, el error de la opinión primera: á la nuda propiedad de los bienes va enlazada la naturaleza especial de la institución.

El viudo puede siempre enajenar los bienes reservables. Las enajenaciones que hiciere de los bienes inmuebles antes de contraer segundo matrimonio son válidas, más con la obligación en el viudo, desde que lo contrajere, de asegurar el valor de esos bienes, es decir, el de los bienes ya enajenados, á los hijos y descendientes del primer matrimonio. Las enajenaciones de inmuebles posteriores á las segundas bodas *sólo subsisten* si á la muerte del binubo no quedan hijos ó descendientes de las primeras. Las enajenaciones de bienes muebles verificadas antes ó después de celebrar segundas nupcias son válidas, pero con la obligación de indemnizar á los hijos su valor (artículos 974 al 976).

El viudo puede, pues, enajenar legalmente los bienes reservables. Luego es algo más que un simple usufructuario. Esas enajenaciones pueden ser ó no eficaces: el viudo que las realiza antes ó después de contraer segundas nupcias puede tener ó no la obligación de asegurar su valor; y como, si las segundas bodas se efectúan, y algún hijo ó descendiente sobrevive al binubo, los bienes ó su valor han de corresponder á ese hijo, es evidente que al hijo se le reconoce un derecho sobre tales bienes

desde su adquisición por el viudo, y que ese derecho limita el poder de disposición concedido á su padre ó madre.

Queda un cónyuge viudo con hijos de su primer matrimonio, y bienes de la clase de reservables. El viudo los enajena, dispone de ellos, *ejercita el derecho de nuda propiedad*. ¿Puede hacerlo eficaz y absolutamente sin ninguna limitación ó responsabilidad, como otro cualquier verdadero *dueño absoluto?* Si no llega á contraer matrimonio, resulta que sí; si llega á contraerlo, resulta que no, porque responde á sus hijos del valor de los bienes. Pero, ¿se casará ó no segunda vez? Este es un hecho futuro é incierto, que nadie sabe si se llegará ó no á realizar. Un hecho futuro é incierto es una condición. Un acto cuyos efectos no se conocen hasta que determinado hecho incierto se realice ó no se realice, es un acto afecto á condición. Esto nos parece indudable. ¿Se realiza el hecho? El derecho del viudo como absoluto se extingue, y queda limitado por la obligación de indemnizar; reconocimiento implícito de haber dispuesto de un derecho que, en definitiva, no le corresponde. ¿No se realiza el hecho? El viudo no contrae obligación alguna: es ó resulta ser un verdadero dueño.

Contraido ya el segundo matrimonio, el binubo aun puede enajenar. ¿Tendrá en todo caso él ó sus herederos la obligación de indemnizar á los hijos el valor de lo que se enajene, ó la de entregarles los bienes que se conserven en la época del fallecimiento de ese binubo? Tampoco esto es seguro é indudable. Si quedan hijos ó descendientes del primer matrimonio al morir el binubo, sí; si no quedan tales hijos ó descendientes, no. Pero ¿quedarán ó no quedarán, sobrevivirán ó no sobrevivirán al obligado á la reserva? No puede preverse: hay aquí otro hecho futuro é incierto, al que se hallan enlazados los efectos de los actos de disposición realizados por el binubo. Luego hay aquí otra condición que afecta al ejercicio del derecho de nuda propiedad. ¿Quedan hijos? El derecho de disposición del viudo queda limitado por la obligación de indemnizar ó de entregar los bienes. ¿No quedan hijos? La condición no se cumple; los actos

de disposición del cónyuge binubo quedan firmes, y á nadie responde de los bienes reservables ni de su valor.

Repetimos lo expuesto al comentar el art. 811. Los hijos ó descendientes han de respetar el derecho de usufructo del viudo, y sólo tienen una esperanza, que verán realizada los que vivan en la época del fallecimiento del usufructuario. Ni se crea que siempre habrá que esperar á esta época; habrá casos en los cuales, después de nacida la reserva, presenciará la muerte de la misma el cónyuge binubo, por desaparecer los descendientes que á ella pudieran tener derecho y no ser posible que lleguen á existir otros.

Las condiciones son dos, como se ha dicho, y ambas han de cumplirse para que se resuelva el derecho del viudo y pasen á los hijos los bienes reservables ó su valor.

Que el cumplimiento ó incumplimiento de esas condiciones tiene efecto retroactivo, es indudable; se retrotraen á la época de la adquisición de los bienes por el viudo, si bien ese efecto retroactivo no hace relación al usufructo, que pertenece al cónyuge, hasta su muerte, sino que sólo se relaciona con el poder de disposición, y afecta la condición, no precisamente á los bienes en sí mismos, sino á ellos ó á su valor, según los casos; modificación establecida en el Código, que no impide el que los derechos dependan de hechos futuros é inciertos, verdaderas condiciones, y que ha sido implantada con el fin de limitar los efectos perjudiciales de las reservas, asegurando en lo posible el derecho de terceros adquirentes, facilitando la circulación de la riqueza y removiendo con ello obstáculos al crédito territorial.

Esta es la opinión seguida por la Dirección general de los Registros en sus Resoluciones de 25 de Diciembre de 1862 y 25 de Junio de 1892, y la que, á pesar de todo, viene en el fondo á reconocerse en varias sentencias del Tribunal Supremo.

Pasemos al examen del articulado, y para evitar repeticiones innecesarias y presentar unida la doctrina del Código en cada uno de los particulares que hacen relación á bienes reservables, comentaremos en un solo grupo los arts. 968 al 980, si-

guiendo el mismo orden que tuvimos presente al tratar de la reserva del art. 811.

ARTÍCULO 968

Además de la reserva impuesta en el art. 811, el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio estará obligado á reservar á los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

ARTÍCULO 969

La disposición del artículo anterior es aplicable á los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo ó viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración á éste.

ARTÍCULO 970

Cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, que tengan derecho á los bienes, renuncien expresamente á él, ó cuando se trate de cosas dadas ó dejadas por los hijos á su padre ó á su madre, sabiendo que estaban segunda vez casados.

ARTÍCULO 971

Cesará además la reserva si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero.

ARTÍCULO 972

A pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, ó madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el art. 823.

ARTÍCULO 973

Si el padre ó la madre no hubiere usado, en todo ó en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior, los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos á reserva conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre ó por la madre perderá todo derecho á la reserva; pero, si tuviere hijos ó descendientes legítimos, se estará á lo dispuesto en el art. 857.

ARTÍCULO 974

Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables hechas por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos á los hijos y descendientes del primer matrimonio.

ARTÍCULO 975

La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer el segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero; sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

ARTÍCULO 976

Las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes ó después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.

ARTÍCULO 977

El viudo ó la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva, anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria, y tasar los muebles.

ARTÍCULO 978

Estará además obligado el viudo ó viuda, al repetir matrimonio, á asegurar con hipoteca:

1.º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieran de dote inestimada; ó de su valor, si procediesen de dote estimada.

2.º El abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionaren por su culpa ó negligencia.

3.º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho á título gratuíto.

4.º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

ARTÍCULO 979

Lo dispuesto en los artículos anteriores para el caso de segundo matrimonio rige igualmente en el tercero y ulteriores.

ARTÍCULO 980

La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será aplicable al viudo ó viuda que, aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga, en estado de viudez, un hijo natural reconocido, ó declarado judicialmente como tal hijo.

Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste.

I

PERSONAS INTERESADAS EN LA RESERVA, Á QUE SE REFIEREN LOS ANTERIORES ARTÍCULOS

El art. 968 determina con toda claridad cuáles son esas personas; sin embargo, pudiendo ofrecerse algunas dudas en casos particulares de aplicación, examinaremos este punto, distinguiendo entre las personas obligadas á reservar y aquellas en cuyo favor se establece la obligación.

A) Persona obligada á reservar.—Se impone la obligación al cónyuge sobreviviente que tenga hijos del matrimonio disuelto ó descendientes de esos hijos, que posea bienes de los declarados reservables en los arts. 968 y 969, y que, ó contraiga segundas nupcias, ó tenga en estado de viudez un hijo natural reconocido.

Estos hechos son necesarios para el nacimiento de la reserva, y todos hacen relación á la persona obligada á reservar, que es el cónyuge sobreviviente. Alcanza la obligación lo mismo al viudo que á la viuda, como ya estableció la ley 15 de Toro y demanda la razón y la lógica.

El viudo ó viuda que hubiesen contraído matrimonio contraviniendo los preceptos del art. 45 del Código, ó sean, el menor de edad que no hubiese obtenido la licencia, ó el mayor que no hubiera solicitado el consejo para contraerlo; la viuda que se hubiese casado antes de los trescientos un días siguientes á la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento si hubiera quedado en cinta, y el tutor ó sus descendientes que se casaren con la persona sujeta á la guarda de aquél antes de aprobarse las cuentas de la tutela, estarán obligados á reservar, si existen descendientes con derecho á reserva y bienes de la clase de reservables; pues si bien es cierto que el art. 50 prohibe á cada uno de los cónyuges recibir del otro cosa alguna por donación ó testamento, pueden existir bienes reservables de otra proceden-

cia ó adquiridos por distinto título, y en todo caso el matrimonio es válido.

Tampoco obsta á la obligación el hecho de no haber sido inscrito el matrimonio en el Registro civil. Tal omisión, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1892, sólo debe perjudicar á los que infringieron la ley; nunca los derechos de personas distintas á los contrayentes, por lo que tratándose de un derecho de los hijos ó descendientes, éstos no pueden perderlo, ni el viudo librarse de la obligación que la ley le impone por faltas ó contravenciones legales que voluntariamente cometieron.

El divorcio tampoco influye en la obligación, ya estuviese declarado por sentencia firme, ya pendiente de declaración al fallecimiento de uno de los cónyuges, y trátese del cónyuge inocente ó del culpable, siempre con relación á los bienes reservables que puedan existir; pues tal hecho no influye en los derechos de los hijos, y siempre resulta que existe un viudo ó viuda y que la ley impone por ese sólo hecho y condicionalmente una obligación.

Menos aún pueden influir otros hechos extraños al asunto, como la separación amistosa de los cónyuges y la desheredación.

El caso verdaderamente dudoso, es el de nulidad del matrimonio, pues según que la cuestión se examine con relación á los hijos á quienes se concede el derecho, ó con relación al viudo á quien se impone la obligación, se llega á consecuencias distintas.

Declarada la nulidad, no existe legalmente matrimonio, ni, por tanto, viudo, ni segundas bodas. «Si el Código, como dice Valverde, exige unas segundas bodas para que existan bienes reservables, no pueden estimarse como tales las declaradas nulas, porque carecen por completo de todo efecto, salvo los que de una manera expresa enumera la ley, aparte de que sería darle una extensión latísima á las palabras *viudo ó viuda*, que no pueden tener tratando de aplicarlas á los contrayentes de un matrimonio declarado nulo.» Como además la materia de las reservas debe interpretarse en sentido restrictivo, parece conforme á la

ley lo más procedente la declaración de qua los contrayentes no tienen obligación de reservar en favor de sus hijos habidos en un matrimonio nulo.

Ahora bien: miremos la cuestión desde otro punto de vista. Según el art. 69, el matrimonio nulo *produce siempre efectos civiles* con relación á los hijos. Estos efectos son desde luego, los de considerar á esos séres inocentes como hijos *legítimos*, y, por tanto, con iguales derechos que los concedidos por la ley á los hijos legítimos, si la legitimidad no ha de consistir en un mero título honorífico. Uno de esos derechos ha de ser el de heredar á sus padres, si su condición no ha de ser peor que la de los hijos naturales, y otro, el de que se les reserven los bienes que uno de los contrayentes hubiese recibido del otro ó de alguno de los hijos. Si esos hijos pueden heredar, y aun considerarse como legitimarios con relación á sus padres, es evidente que pueden también suceder en los bienes reservables, sin que á ello se oponga el espíritu de la institución. La justicia exige el establecimiento de la reserva en favor de tales hijos. Además, como hemos dicho, reconocida la legitimidad, ha de admitirse con todas sus consecuencias, anteriores ó posteriores á la declaración de nulidad, y como no puede existir un derecho sin una obligación correlativa, hay que deducir que cada uno de los contrayentes debe tener el derecho de reservar.

De estas dos soluciones tan opuestas, miramos con verdadera simpatía la segunda, como fundada en la justicia, y sostenible además legalmente.

b) Personas á cuyo favor se establece la obligación de reservar.— Las reservas fueron establecidas en favor de los hijos. La legislación anterior al Código se refería siempre á los hijos legítimos, á los hijos habidos en matrimonio; el Código sostiene la misma doctrina. Quedan, por lo tanto, excluídos los hijos ilegítimos, aunque sean naturales legalmente reconocidos ó legitimados por concesión real, y los adoptivos.

Como hijos legítimos deben estimarse los legitimados por el matrimonio, y los procedentes de un matrimonio declarado nulo.

De estos últimos hijos nos hemos ocupado anteriormente. Son desde luego legítimos con arreglo al art. 69, y, por tanto, iguales á los demás en cuyo favor se establece la reserva. Sin embargo, mirando la cuestión con relación á la persona obligada á reservar, la resolución es dudosa, porque propiamente, no existe cónyuge viudo, ni segundas nupcias, ni primer matrimonio.

Las reservas fueron establecidas por el Fuero Juzgo, no sólo en favor de los hijos, sino también de los nietos. El Fuero Real, las Partidas y la ley 15 de Toro, suprimieron la palabra *nietos*, con ó sin intención, y la sentencia de 11 de Marzo de 1861, como hemos expuesto en los *Precedentes*, interpretó estas leyes en sentido restrictivo, suponiendo que ni la reserva podía recaer en favor de descendientes que no fuesen hijos, ni reservables los bienes que un abuelo heredase de su nieto.

Dicha sentencia, que principalmente trató de resolver la cuestión de si debían reservarse los bienes procedentes de un nieto y no de un hijo, pero que incidentalmente decidió lo mismo en cuanto á las personas á cuyo favor debía el cónyuge binubo reservar, ha sido modificada, después de la vigencia del Código, por las de 22 de Junio de 1895 y 12 de Marzo de 1897, que sientan una doctrina completamente contraria.

La primera se funda principalmente en la teoría de pertenecer á los hijos la nuda propiedad sin limitación alguna. Así dice que desde el momento de contraer segundas nupcias, quedó el viudo como mero usufructuario y adquirió el hijo la nuda propiedad de los bienes reservables, «la cual, viviendo aún su padre pudo transmitir y transmitió por su fallecimiento á su hijos, ya que la nuda propiedad constituye un derecho real transmisible por sucesión, y que la cualidad de reservables de aquellos bienes no se había extinguido por la muerte del hijo subsistiendo descendientes del mismo, y por consiguiente, la misma razón que la ley tuvo al establecer las reservas.»

La de 12 de Marzo de 1897 prescinde del argumento, insostenible á nuestro juicio, de pertenecer á los hijos la nuda propiedad como derecho real transmisible, y se apoya en funda-

mentos más sólidos, ó expuesto al menos con más precisión y claridad.

«Considerando, dice, que aun cuando la ley 15 de Toro sólo hace expresa mención de los hijos, no deben entenderse excluídos los nietos del disfrute de los bienes reservables, puesto que por el derecho de representación, que es absoluto en la línea directa descendente, ocupan los nietos el lugar de su padre para adquirir todos los bienes que correspondieran á éste, si viviese, en la sucesión del abuelo; de donde se sigue que la obligación de reservar determinados bienes, impuesta por aquella ley al cónyuge supérstite que contrae segundas nupcias, en favor de los hijos del primer matrimonio, aprovecha á los descendientes de cualquiera de ellos que hubiese fallecido antes que el sujeto á tal obligación, como así lo tiene declarado este Supremo Tribunal en la sentencia de 22 de Junio de 1895:

»Considerando que esta doctrina, que se halla de acuerdo con el texto del art. 968 del Código civil, no se opone á la declarada por este Tribunal Supremo en las sentencias que se invocan en la recurrida, porque en ninguna de ellas se examinó y resolvió como en la antes citada de 22 de Junio la cuestión concreta que es objeto del presente recurso, tratándose en las mismas de si tienen la cualidad de reservables los bienes heredados de un nieto por el abuelo que enviuda y se vuelve á casar, de la limitación para disponer de esta clase de bienes, y de la reserva troncal establecida en el art. 811 del referido Código.»

A pesar de lo expuesto en este considerando de la sentencia de 12 de Marzo de 1897, que vino á repetir otro de la de 22 de Junio de 1895, no cabe duda de que el Tribunal Supremo, tal vez influído por la doctrina del Código civil ya vigente, en el que de un modo indirecto pretenden dichas sentencias apoyarse, ha cambiado de criterio: pues bien claramente se decía en la de 11 de Marzo de 1861, que la obligación de las reservas se hallaba limitada por la ley 15 de Toro en favor *de los hijos*, aparte de que los fundamentos de dicha sentencia, ó no eran ciertos, ó habían de ser igualmente aplicables á la cuestión que ahora ventilamos.

Nosotros creemos que la doctrina sentada en 11 de Marzo de 1861 estaba ajustada á ley entonces vigente, y se hallaba perfectamente fundada, pues no cabe alegar el derecho de representación ni otra razón alguna para hacer recaer el favor de la ley en personas que no estaban comprendidas en su texto.

Pero como esta doctrina, no obstante ser la más legal, no era por eso la más justa, los autores del Código civil entendieron, con sobrada razón que el fundamento y fin de las reservas exigían su establecimiento en favor de toda la línea recta descendente, y de aquí que el caso se halle hoy resuelto con toda claridad en los arts. 968, 971, 972 y 973, todos los cuales hablan expresamente de hijos y *descendientes* legítimos.

Con esto no se hallan aún determinadas con toda exactitud las personas en cuyo favor establece la ley la obligación de reservar. Los mismos artículos, á la frase *hijos y descendientes legítimos*, añaden siempre *del primer matrimonio*. Se trata del caso más frecuente, de aquél en que una persona que sólo ha estado casada una vez y tuvo hijos de esa unión, contrae segundas nupcias: la reserva entonces se establece en favor de esos hijos y descendientes del *primer* matrimonio. Mas pueden contraerse terceras ó cuartas nupcias, y el art. 979 impone también, en tal caso, la obligación de reservar, como es natural y lógico. ¿En favor de quién? En favor de los hijos del matrimonio últimamente disuelto, y de este modo, cada nuevas nupcias motivan una reserva de bienes cuando existen hijos del matrimonio anterior y bienes de la clase de reservables, pudiendo ocurrir que el que casa por cuarta vez, tenga que reservar determinados bienes en favor de los hijos de su primera unión, otros en favor de los hijos procedentes de la segunda, y otros en favor de los procedentes del tercer matrimonio.

El cónyuge premuerto, además de los hijos procedentes del matrimonio disuelto por su fallecimiento, podía tener hijos de otro matrimonio anterior, *hijastros* del cónyuge sobreviviente. La obligación de reservar, ¿existe también en favor de los hijastros, ó sólo en favor de los hijos del matrimonio últimamente

disuelto? Si las reservas fueron establecidas para que los hijos no fuesen perjudicados por un matrimonio posterior, y para que los bienes no pasasen á una familia distinta de aquella á que pertenecieron, parece á primera vista que también en favor de los hijastros debían reservarse los bienes procedentes de su padre ó madre ó de otros hijastros. Así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de Mayo de 1856, que se decía conforme con la letra de las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real y Partidas, y así lo han venido sosteniendo varios escritores. Pero el mismo Tribunal Supremo cambió después de opinión, y creyendo interpretar mejor esa misma letra y su espíritu, declaró en 9 de Mayo de 1859, 27 de Junio de 1866, 21 de Mayo de 1861 y 16 de Enero de 1871, que la obligación de reservar un padre ó una madre sólo tiene lugar respecto á hijos suyos (del sobreviviente) habidos en anterior matrimonio, no respecto de los hijos que su consorte tuvo en otro matrimonio distinto.

Decía, en efecto el Fuero Juzgo: «Mas cada un fiio ó flia, ó nieto o nieta, deve aver las arras quel dió *su padre á su madre.*» Cada hijo debe recibir lo que el padre de ese hijo diese á la madre del mismo; de modo que si había hijastros, hijos del primer marido ó de otra mujer, no tenían derecho á reserva. porque las arras que ese primer marido hubiese entregado, sólo eran reservables para los hijos que tuviera con la mujer obligada á reservar, y los hijastros no eran hijos de esa mujer, ni podían alegar derecho á lo que su padre entregó á quien no era su madre.

Las Partidas decían: «Marido de una mujer finando, si casasse ella después con otro, las arras é las donaciones que el marido finado le oviere dado, en saluo fincan *á sus hijos del primer marido*» *Sus* hijos son sin duda los hijos de la mujer obligada á reservar, y del primer marido, quiere decir los habidos por ella con su primer marido. Los bienes los reservaba, por tanto, la viuda en favor de los hijos habidos en su primer matrimonio, no de los hijos que no eran suyos, sino de otra mujer.

Por último, la ley 15 de Toro establecía las reservas en favor de los hijos del «primero matrimonio», imponiendo la obligación al cónyuge viudo que pasase á *segundas* nupcias, y como refiriéndose al viudo que contrae segundas nupcias, el primero matrimonio es el matrimonio anterior, y los hijos del primero matrimonio son los hijos habidos por el cónyuge premuerto con el cónyuge sobreviviente, y no los hijastros; también de dicha ley se deducía que el beneficio de las reservas no alcanzaba á éstos.

Y lo mismo se deduce del espíritu de todas las disposiciones anteriores al Código. Las arras se entregaban por el esposo á la esposa por razón de matrimonio, y como aumento de dote ayudaban á sostener las cargas del mismo. Era muy justo que los hijos del matrimonio para el que se entregaron las arras conservasen derecho á ellas; pero era anómalo que también se les reservasen las arras que se dieron para otro matrimonio posterior. Al extender las partidas la consideración de bienes reservables á otras donaciones, y después la ley de Toro á todo lo que un cónyuge recibiese del otro ó heredase de los hijos del primer matrimonio, resultaba aún más injusto ampliar esta institución en favor de los hijastros, porque lo dejado por un cónyuge al otro, ó lo heredado de los hijos, puede ser procedente de gananciales habidos en esa unión: gananciales de que no deben disfrutar los hijos de otra unión anterior, porque esto sería en perjuicio de otros hijos y contrario al fin de las reservas.

Hay que insistir sobre este particular, porque aun después de publicado el Código civil, preséntase la cuestión dudosa por algunos autores.

El art. 968 dice: «El viudo ó viuda que pase á *segundo* matrimonio, tiene obligación de reservar en favor de los hijos y descendientes del *primero*». En las palabras «el viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio», se trata del caso más frecuente, de un viudo ó viuda que sólo ha estado casado una vez y contrae segundas nupcias. Se le impone la obligación de reservar en favor de los hijos del *primero*, esto es, de los hijos del primer

matrimonio. Respecto al cónyuge sobreviviente, no hay más que un matrimonio; pero el cónyuge premuerto pudo haber estado casado varias veces. Esto supuesto, ¿en favor de los hijos del primer matrimonio, de cuál de los cónyuges se impone la reserva? Tiene que ser en favor de los del cónyuge sobreviviente, del que pasa á segundas nupcias, esto es, de los hijos *suyos* habidos en su matrimonio con su primer consorte; y no de los que éste tuviera ó pudiera tener en otro matrimonio anterior. En primer lugar, refiriéndose la ley de un modo directo al cónyuge sobreviviente, y de un modo ocasional al cónyuge premuerto, es lógico que se refiera al primer matrimonio de aquél y no al de éste. Además, si la ley se refiriese á los hijos del primer matrimonio del cónyuge premuerto, sobre que casi siempre serían los mismos y sólo excepcionalmente distintos, podría resultar la anomalía de que sólo se hubiesen de reservar los bienes en favor de hijastros, por ser éstos solos los hijos de la primera unión del cónyuge premuerto, y esta interpretación llevaría al absurdo de privar de la reserva á los hijos del sobreviviente, como no procedentes de esa primera unión. Por último el artículo 969, al declarar reservable lo que el viudo ó viuda herede de los hijos de *su primer matrimonio*, resuelve la cuestión, no sólo por determinar con toda claridad el primer matrimonio, á que siempre se refiere el Código, sino también porque no siendo reservable lo heredado por el viudo ó viuda de un hijastro, no es verosímil que éstos, que no tienen, por tanto, derecho á los bienes que proceden de sus hermanos de doble vínculo, lo tengan á los procedentes de otros hermanos de vínculo sencillo.

Dichos hijastros están comprendidos entre los parientes del tercer grado á que se refiere el art. 811. Su padrastro ó madrastra ha de reservar en favor de ellos los bienes que, procedentes de su padre ó madre, hubiere heredado por ministerio de la ley de uno de sus descendientes. Los bienes que directamente, por título lucrativo, pasan de un cónyuge á otro, parecía lógico en el sistema del Código que también fuesen reservables en favor de todos los hijos del cónyuge premuerto; pero no

es así. Los arts. 968 y siguientes no pueden ser interpretados más que en un sentido, que es el que queda expuesto, el mismo en que debe interpretarse la ley 15 de Toro, puesto que sus palabras son casi iguales á las del Código civil, y el mismo en que la jurisprudencia había resuelto la cuestión en las sentencias de 9 de Mayo de 1859, 21 de Mayo de 1861, 27 de Junio de 1866 y 16 de Enero de 1871. Así se desprende de las bases 1.ª y 18 de la ley de 11 de Mayo de 1888; así también de los preceptos de la ley Hipotecaria, de los arts. 969 y 973 del Código, que claramente se refieren á los hijos del primer matrimonio del viudo segunda vez casado, y así habría de interpretarse siempre en caso de duda, por ser odiosa la institución de la reserva, y deber limitarse su aplicación.

Con arreglo al art. 979, el viudo ó viuda que pase á terceras nupcias estará obligado á reservar en favor de los hijos de *su* segundo matrimonio; el que se case cuarta vez, en favor de los del tercero; siempre en favor de los hijos del cónyuge sobreviviente habidos en su unión inmediatamente anterior.

Tenemos, pues, que el cónyuge viudo de cualquier matrimonio que contrae nuevas nupcias, ó todo cónyuge que enviuda y vuelve á casarse, ó tiene en estado de viudez un hijo natural reconocido, ha de reservar siempre en favor de sus propios hijos habidos en el matrimonio últimamente disuelto, y en favor de los descendientes de esos hijos. En realidad, los hijos y descendientes son designados por la ley como herederos *forzosos* de los bienes que deben reservarse, y no precisamente de los que de ellos existan á la muerte del cónyuge binubo, sino de cuantos con tal carácter existían al fallecimiento del cónyuge premuerto ó fueron adquiridos de los hijos después, ó del valor de esos mismos bienes si fueron enajenados y deben las enajenaciones subsistir.

Pueden presentarse aquí las mismas cuestiones que hubimos de resolver al comentar el art. 811: *Primera.* Si tienen derecho á reserva indistintamente los hijos y descendientes legítimos, ó sólo entre ellos los de grado más próximo. *Segunda.* Si tienen

derecho á los bienes reservables los nietos, bisnietos, etc., nacidos después del fallecimiento del cónyuge premuerto; y aun después del segundo matrimonio del cónyuge sobreviviente, ó sólo los que existían ya al nacer la reserva. *Tercera.* Si el derecho de los hijos y descendientes es transmisible, ya en absoluto, ya únicamente en virtud del derecho de representación.

Estas cuestiones han de resolverse del mismo modo en estos artículos que en el 811, puesto que se trata de derechos de igual naturaleza, y se resuelven desde luego con más facilidad.

PRIMERA. El art. 973 claramente dice que los hijos y descendientes del primer matrimonio suceden, salvo el caso de existir mejora, en los bienes reservables, conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque á virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto, ó hubiesen renunciado ó repudiado su herencia.

Hay que repetir lo expuesto en el art. 811. El 968 establece la reserva en favor de los hijos y descendientes legítimos indistintamente. ¿Quiénes tienen derecho á los bienes? Por de pronto ninguno. Todos tienen la esperanza; pero esa esperanza se extingue por el hecho de premorir al cónyuge binubo, y como, sin embargo, la reserva no se extingue mientras queden hijos ó descendientes, es claro que el fallecido, aunque fuese un hijo y el único que quedaba, no tenía vinculada esa esperanza en su favor. Por lo mismo que se ignora en quién podrá recaer el derecho en su día; por lo mismo que puede recaer en cualquier descendiente; por lo mismo que en todos sólo hay una esperanza, que no se sabe si se convertirá ó no en realidad hasta el fallecimiento del cónyuge binubo, ni en quién se realizará esa conversión, es preciso reconocer la igualdad de condiciones en que todos se encuentran. Nada de preferencias, que no tendrían razón de ser: los hijos, los nietos, los bisnietos, etc., todos indistintamente *pueden* llegar á tener derecho á los bienes reservables.

Pero á la muerte del cónyuge binubo obligado á reservar, ya se sabe si la condición se ha cumplido ó no; ya la esperanza se

convierte en un derecho definitivo. ¿A quién se adjudica? ¿A todos ó á los más próximos en grado? Ya lo dice el art. 973. Los hijos y descendientes suceden conforme á las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente: aunque su derecho arranque de más atrás, no adquieren los bienes ó su valor hasta el fallecimiento del binubo de un modo definitivo.

Cada hijo es un interesado, á quien por su falta representa el grupo de sus descendientes. Si viven todos los hijos y son capaces de suceder, sólo á favor de ellos existe en definitiva la reserva, aunque haya nietos. Si ha muerto algún hijo, le representan sus descendientes, y en este caso la reserva existe al mismo tiempo en favor de hijos y de nietos. Si han muerto todos los hijos, los nietos ocupan su lugar. Los más próximos no excluyen á los más remotos, á no ser dentro de cada una de las líneas de cada uno de los hijos, hermanos entre sí. Si un hijo fué desheredado justamente ó es indigno de suceder, pierde todo derecho á la reserva; pero sus hijos ó descendientes legítimos, inocentes en esa desheredación ó indignidad ocupan su puesto y le representan, según declara el último párrafo del art. 973 al referirse al 857. El hijo desheredado, y lo mismo debe decirse del incapaz para suceder, se tiene, por consiguiente, como muerto, y ni aun tiene derecho al usufructo ni administración.

SEGUNDA. Sólo debemos repetir, respecto á esta cuestión, lo expuesto en las págs. 250 y 251, 1.ª ed., y 252 y 253, 2.ª ed. del tomo 6.° de esta obra. Si al morir el binubo obligado á reservar quedan sólo, como procedentes del primer matrimonio, descendientes de segundo ó ulteriores grados, nacidos y concebidos después de contraídas las segundas nupcias, ¿podrían pretender los hijos de estas segundas nupcias que á ellos pasasen libremente los bienes reservados, porque aquellos descendientes no existían al constituirse la reserva? Tal pretensión repugna á la naturaleza de la institución. Al quedar descendientes del primer matrimonio se cumple la condición de que dependía la existencia de la reserva, como se deduce claramente de los términos absolutos del art. 971, y los bienes pasan á esos descendientes, hu-

biesen nacido antes ó después de contraídas las segundas nupcias ó reconocerse un hijo natural. De otro modo no se cumpliría el fin que se propuso el legislador, que no fué otro sino el de que los bienes no pasasen á una familia extraña, á hijos de otro matrimonio, quedando descendientes del primero. Sería absurdo que existiendo estos descendientes, se les negase el derecho de recibir los bienes reservados.

Es cuestión de vida ó muerte para la reserva del art. 968: no cabe, dado su objeto y fin, una interpretación distinta. La reserva se establece en favor de una entidad ó clase, los descendientes legítimos, no en favor de determinadas personas; no puede decirse que esa clase ó entidad desaparezca mientras haya hijos, nietos ó bisnietos que la representen. Al extinguirse la reserva es cuando hay que individualizar ó determinar cuáles descendientes son los que han de recibir los bienes que se reservaron. ¿Se ha extinguido la clase? La reserva se extingue también; muere por falta de personas con derecho á ella. ¿Quedan descendientes de cualquier grado? Nacidos antes ó después de las segundas nupcias, la condición se ha cumplido, la clase existe, la reserva produce sus naturales efectos.

TERCERA. El derecho concedido á los hijos y descendientes sólo es transmisible, ya por actos *intervivos ó mortis causa*, cuando realmente se adquiere por cumplirse las condiciones de que su adquisición depende. Se comprende que así sea, porque el derecho está concedido no á persona alguna determinada, sino á una clase ó entidad, á los hijos y descendientes legítimos, no pudiendo recaer en quien no tenga esta cualidad, y porque cada uno de los individuos que integran la clase, sólo tiene antes de la muerte del cónyuge binubo una esperanza, que no se sabe si se realizará ó no, ni en quiénes de los hijos ó descendientes se verá realizada.

La ley Hipotecaria asegura el derecho condicional de los hijos con una hipoteca legal. Pues bien: su art. 155, confirmando el principio expuesto, determina que los derechos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse sino cuando haya lle-

gado el caso de exigir su cumplimiento, y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan en su favor.

El Código civil permite, por excepción, á los hijos mayores de edad, y con derecho á los bienes reservables, no ceder á tercero, pero sí renunciar en abstracto su derecho. Más adelante nos ocuparemos de esta cuestión.

Desde la adquisición de los bienes por el cónyuge viudo, ó si se quiere, desde que contrae segundas nupcias hasta su muerte, media cierto espacio de tiempo, durante el cual las personas que formen la entidad hijos y descendientes, en cuyo favor se establece la reserva, pueden cambiar; mas mientras esa entidad no desaparezca, la reserva no se extingue.

Se comprende que la sentencia de 12 de Marzo de 1897 se acogiese al derecho de representación para admitir, con derecho á los bienes reservables, á los nietos, interpretando leyes que sólo hablaban de hijos; pero hoy que el Código expresamente concede el derecho á la reserva á toda la línea recta descendente, existe en toda ella un derecho propio á suceder, incuestionable, y mientras al fallecimiento del cónyuge binubo quede algún nieto ó bisnieto procedente del primer matrimonio, no sería posible negarle, aun sin el derecho de representación, la facultad de reclamar los bienes sujetos á reserva, ó su valor.

Pero el derecho se concede á la entidad hijos y descendientes, en la misma forma que les pertenece la legítima ó la suce sión intestada: primero á los hijos, y sólo por falta de éstos á sus descendientes. Los descendientes de cada uno de los hijos, al morir éstos, les representan, no porque su padre respectivo les transmita un derecho, que no llegó en definitiva á tener, sino porque la ley directamente se lo confiere, y se lo confiere en forma de representación.

El derecho de representación se halla tan enlazado á la reserva, que puede asegurarse que allí donde ese derecho no es admisible, no es admisible tampoco el derecho de los descendientes de segundo ó ulteriores grados á los bienes reservables.

Así, en la manera de suceder los nietos, bisnietos, etc., son admitidos siempre, según ya hemos dicho, como representantes de su padre respectivo, ó tomando entre los de cada grupo la porción que hubiera correspondido á su padre ó madre, si hubiera vivido y podido recibir los bienes reservables. Es más: con arreglo al art. 970, al renunciar el hijo mayor de edad que tenga derecho á dichos bienes reservables, cesa la obligación de reservar, lo que prueba que los descendientes del renunciante, cuando éste sobrevive al cónyuge binubo, pierden el derecho que legalmente renunció su padre, y por tanto, que el art. 923 no es aplicable en materia de reservas, concediéndose el derecho á los nietos sólo en los casos en que es procedente el derecho de representación.

Esta cuestión nos lleva como de la mano á otras relacionadas con la misma materia. La desheredación y la indignidad privan del derecho á los bienes reservables; mas esa indignidad ó desheredación, ¿se refieren al cónyuge ó al hijo de quien proceden los bienes, ó á la herencia del cónyuge binubo? ¿Tienen en algún caso derecho á reserva en definitiva los descendientes del hijo que renunció? ¿Tienen derecho á reserva los hijos que renuncian la herencia?

1.º *Desheredación é indignidad.*— Como en la materia de las reservas se relacionan muchas personas entre sí, la cuestión referente á la desheredación ó á la indignidad se presenta con caracteres complicados.

De una parte, están las personas en cuyo favor se establece la reserva, que pueden ser hijos, nietos, bisnietos, etc., y de otra, el cónyuge obligado á reservar, y las personas de quien proceden los bienes, que pueden ser el cónyuge premuerto, los hijos del primer matrimonio ú otros parientes que fueren impulsados por su cariño ó consideración al difunto.

Cada uno de los primeros puede haber sido desheredado ó ser indigno con relación á los demás. ¿Perderán en todo caso su derecho á reserva ó sólo en casos determinados? Examinaremos con arreglo á los principios las diversas situaciones que pueden

presentarse, é indagaremos después cuál sea la solución legal.

a) *Con relación á la persona de que proceden los bienes.*—El cónyuge premuerto ha desheredado á uno de sus hijos ó nietos. El hijo que falleció dejando sus bienes al viudo, desheredó á su único descendiente. Con relación á ese mismo hijo, era indigno uno de sus hermanos. Alguno de los hijos es incapaz de suceder con relación al abuelo ú otra persona de quien proceden los bienes reservables. Todos estos casos son idénticos en su esencia. Directamente, el desheredado ó el indigno no pudieron heredar á la persona de quien los bienes son procedentes; ¿podrán heredarla de un modo indirecto, mediante la institución de las reservas, ó recibir sus bienes al fallecimiento del cónyuge binubo?

Plantear la cuestión es resolverla. Ya hemos dicho que uno de los fundamentos de las reservas, es la voluntad presunta del causante, que quiere respetar la ley. Constando claramente esa voluntad en contrario, con relación á determinados hijos ó descendientes, no cabe presumir que quiso que sus bienes quedasen en ese descendiente ó hijo que desheredó. Queda un solo hijo del primer matrimonio, pero desheredado por el cónyuge premuerto. No teniendo ese hijo ni aun derecho á la legítima, ¿en qué podría fundarse la ley para concederle derecho á los bienes reservables procedentes del cónyuge que le desheredó para darle de un modo indirecto lo mismo que el causante expresamente le negó? Sería una anomalía inconcebible. Lo mismo puede decirse en cuanto al nieto desheredado por el hijo de quien los bienes proceden. Y en cuanto á la indignidad, es la misma ley la que priva al indigno de todo derecho á suceder, sea de un modo directo ó indirecto, pues otra solución sería absurda. De donde resulta enteramente conforme á los principios, que el hijo ó nieto desheredado por la persona de quien proceden los bienes, ó indigno con relación á la misma persona, no pueda tener derecho alguno á los bienes reservables.

b) *Con relación á la persona obligada á reservar.*—Se trata de sus propios hijos ó descendientes. Desheredado alguno de éstos

ó siendo indigno con relación al cónyuge binubo, ¿pierde ese hijo ó descendiente el derecho á los bienes reservables? La desheredación ó la indignidad son circunstancias relativas á la herencia de ese cónyuge: ¿los bienes reservables forman parte de tal herencia?

Los bienes los adquieren los hijos ó los reciben al fallecimiento del cónyuge binubo, como los reciben los parientes dentro del tercer grado á la muerte del ascendiente obligado á reservar; pero su derecho á ellos ó á su valor arranca de mucho antes, nace mediante las segundas nupcias ó el reconocimiento de un hijo natural, y nace retrotrayéndose todavía á una época anterior: á la de la adquisición de los bienes por la persona obligada á reservar. No puede haber herencia propiamente dicha, respecto á bienes enajenados aun á título oneroso por el causante antes de morir, ó al valor de esos mismos bienes, y sin embargo, en esos bienes ó en ese valor es en lo que suceden los hijos y descendientes en cuyo favor se establece la reserva. La misma facultad de mejorar con esos bienes, que se concede al viudo como cosa excepcional en el art. 972, facultad parecida á la que prohibe el art. 830, prueba que los bienes reservables no pertenecen á su herencia, porque si pertenecieran, la cuestión no ofrecería duda alguna, ni presentaría la facultad los caracteres de una excepción.

Tenemos, pues, por cierto que los hijos y descendientes, *con arreglo á los principios*, suceden propiamente y en realidad, ya en los bienes, ya en su valor, según los casos, al cónyuge premuerto ó á la persona de quien proceden los bienes, como en el art. 811, y, por tanto, que la indignidad ó la desheredación de esos descendientes con relación al cónyuge binubo sólo puede tener la virtud de privarles de la herencia de ese cónyuge ó de los bienes que á la muerte de éste resultan ser en definitiva suyos, no de aquellos bienes que en ese mismo tiempo resulta con arreglo á la ley que no le pertenecen, que no son legítimamente suyos, sino de los hijos ó descendientes del primer matrimonio.

2.° *Renuncia á los bienes reservables.*—Es esta una de las cau-

sas que extinguen la obligación de reservar, y requiere un especial estudio, que no es propio de este lugar. Preguntábamos si en algún caso tienen derecho á reserva los descendientes del hijo que renunció, y sólo bajo este aspecto examinaremos ahora brevemente la cuestión.

Para que la renuncia sea eficaz, exige el art. 970 que el hijo sea mayor de edad y *tenga derecho* á los bienes reservables. Este derecho es condicional antes de la muerte del cónyuge binubo, y es definitivo después, si el hijo que renunció antes ó renuncia entonces sobrevive. La renuncia hecha, por tanto, antes de ocurrir el fallecimiento del binubo, ha de tener, con arreglo á los principios y á los términos del art. 970, un efecto condicional; su eficacia ha de depender de la eficacia del derecho renunciado: de que el renunciante llegue ó no á tener derecho en definitiva á los bienes reservables. Si llega á tenerlo, sus descendientes quedan excluídos; para ellos no existe la reserva, porque el derecho residía en su padre, y éste renunció. Si premuere el renunciante al cónyuge binubo, el derecho no llegó á consolidarse en él, y pertenece por derecho de representación á sus descendientes, quienes en este caso estimamos que pueden adquirir los bienes reservables.

3.º *Renuncia de herencia.*—Preguntábamos también si tenían derecho á los bienes reservables los hijos ó descendientes que renunciaban la herencia, ya la del cónyuge premuerto, ya la del cónyuge sobreviviente.

Según que se trate de una ú otra herencia, las circunstancias son muy distintas. En relación á la herencia del cónyuge premuerto, parece anómalo que el que repudia la herencia de un ascendiente tenga, sin embargo, derecho á que otro ascendiente, consorte del fallecido, guarde para él tal vez los mismos bienes que voluntariamente rechazó. Con relación á la herencia del cónyuge sobreviviente, es, por el contrario, natural y lógico que los bienes de esa herencia y los bienes reservables formen entidades por completo independientes, porque precisamente al morir el cónyuge binubo habiendo hijos y descendientes de su pri-

mer matrimonio, dejan de pertenecer á ese cónyuge los bienes reservables, los cuales, por tanto, no pueden estimarse comprendidos en su herencia.

Entendemos, sin embargo, que en ambos casos procede idéntica solución. El Código concede completa libertad para aceptar ó repudiar con independencia absoluta lo dejado por distintos conceptos; puede aceptarse un legado y rechazarse la herencia, repudiar la mejora y admitirse el legado, ó aceptarse la herencia y renunciarse la sucesión por otro cualquier concepto. La renuncia de la herencia no puede, pues, llevar necesariamente consigo la renuncia á los bienes reservables. Mientras no se renuncie el derecho á estos bienes, el hijo ó descendiente no pierde la facultad de reclamarlos.

Con relación al cónyuge sobreviviente, la doctrina de la ley aún es más severa. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1896 acepta, con relación á los bienes reservables, el precepto de la ley 24, tít. 13, Partida 5.ª Para poder los hijos reclamar de tercera persona los bienes sujetos á reserva que enajenó el cónyuge binubo, es preciso que renuncien la herencia de éste, pues si la aceptan, como continuadores de su personalidad y sucesores en todas sus obligaciones, tienen que respetar esos actos de enajenación. No cabe una afirmación más categórica de la independencia entre la renuncia á la sucesión del cónyuge binubo y la renuncia á los bienes reservables, así como también de que en estos bienes los hijos y descendientes no suceden á dicho cónyuge, sino al premuerto.

Insistiremos más adelante en la doctrina derivada de dicha sentencia.

II

BIENES SUJETOS Á LA RESERVA ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 968 AL 980

Los arts. 968 y 969 determinan los bienes sujetos á reserva. Se atiende á dos circunstancias esenciales: la persona de

quien proceden los bienes y la naturaleza del título adquisitivo.

A) Procedencia de los bienes.—Los bienes han de proceder directamente ó adquirirse, con arreglo á los arts. 968 y 969, del cónyuge premuerto, de los hijos del primer matrimonio del cónyuge sobreviviente ó de los parientes del difunto por consideración á éste.

No son reservables los bienes procedentes de cualquiera otra persona, y aun en los que proceden de parientes del difunto, hay que tener muy en cuenta la condición que exige la ley que se han de transmitir por consideración al cónyuge difunto. Esta última condición debe hallarse bien clara, porque en caso de duda debe estimarse que lo que se da ó deja á una persona es por consideración á ella y no á otra distinta. Los Tribunales resolverán en cada caso dudoso lo que estimen procedente.

La palabra *parientes*, sin limitación alguna, los comprende todos, cualquiera que sea su grado. Sin embargo, no reconociendo el Código civil el parentesco más allá del sexto grado cuando llama á los parientes á la herencia intestada, puede y creemos que debe admitirse ese mismo límite en lo que á la procedencia de los bienes reservables se refiere.

El art. 969 sujeta á reserva lo adquirido por el cónyuge sobreviviente de cualquiera *de los hijos* de *su* primer matrimonio. De aquí se deduce que ese cónyuge no debe reservar lo que adquiere de los hijos del cónyuge premuerto habidos en un matrimonio anterior, á no haberlo adquirido *por consideración* al difunto, caso muy posible y quizás único en que verosímilmente adquiera algo de tales hijos; y que tampoco está sujeto á reserva lo que ese mismo cónyuge adquiera de uno de los nietos ó bisnietos, descendientes de *su* primer matrimonio. Parece esto una anomalía, porque si el viudo ha de reservar en favor de un nieto lo que herede de un hijo que no sea el padre de ese nieto, con mayor razón parece que debía reservarle lo que adquiriese de otro nieto, hermano del mismo. Pero creemos que las palabras del art. 969 y la naturaleza de las reservas no admiten otra interpretación.

Los bienes procedentes de un nieto, bisnieto, etc., serán reservables, cuando se den las circunstancias exigidas en el artículo 811, medie ó no segundo matrimonio; y también respecto á lo que el cónyuge viudo pueda adquirir en consideración al difunto, pero no en otros casos distintos.

La sentencia de 11 de Marzo de 1861 resolvió, como hemos dicho, esta cuestión, que también se presentaba en el derecho antiguo, y fundadamente declaró no reservables los bienes procedentes de un nieto. La misma idea parece desprenderse de las sentencias de 22 de Junio de 1895 y 12 de Marzo de 1897, al insistir en que aquélla no era contradictoria, por referirse, no á las personas en cuyo favor deben reservarse, sino á la persona de quien proceden los bienes reservables.

La expresada sentencia de 11 de Marzo de 1861, aunque antigua, puede decirse que es de actualidad, porque resuelve un punto que sigue presentándose como dudoso, sin que se hayan alterado los términos de la cuestión. Aun sin ella, así debería sobreentenderse, porque el art. 969 sólo habla de lo que el viudo ó viuda haya adquirido *de los hijos*, de su primer matrimonio, no de los demás descendientes, y así como en el 968 se establece la reserva en favor de los *hijos y descendientes*, y en los 973, 974 y 975 se emplean las mismas palabras, el legislador no hubiera dejado también de emplearlas en el 969, si su intención hubiera sido extender la obligación de reservar á los bienes adquiridos por cualquier título lucrativo de los descendientes que no son hijos. Por consiguiente, en esta materia, que es de interpretación restrictiva, entendemos que, en la palabra *hijos*, no van comprendidos los nietos, pues cuando el Código quiere hablar de éstos además de los hijos, nombra á sus descendientes: luego no son reservables los bienes que adquiere el binubo de sus nietos, bisnietos, etc.

B) Naturaleza del título de adquisición. — El cónyugo viudo sólo está obligado á reservar los bienes que adquiera por título *lucrativo* de las personas antes expresadas.

La transmisión es gratuita ó á título lucrativo, según quedó

expuesto al comentar el art. 811, cuando el que adquiere no da nada en equivalencia de lo que recibe. Poco importa que los bienes transmitidos se hallen ó no afectos con anterioridad á determinadas cargas; lo esencial es que quien los transmite lo haga gratuitamente, por pura liberalidad, sin exigir á su favor por parte del adquirente prestación alguna; que el que los recibe no entregue, dé ó haga nada en equivalencia de lo transmitido.

El Código, en evitación de toda duda, habla en el art. 968 de lo adquirido por testamento, sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo; en el 969, al referirse á bienes procedentes de los hijos, lo hace á los mismos títulos expresados en el artículo anterior, y al referirse á los parientes del difunto, á los bienes que el viudo ó viuda *haya habido* de los mismos, por consideración al cónyuge difunto.

En la frase *haya habido*, debemos ver, como hemos expuesto en otro lugar, una repetición de lo dispuesto anteriormente en dichos artículos. No es todo lo adquirido ó habido de los parientes, sino sólo lo que se adquiera por título *lucrativo*, y precisamente por consideración al difunto.

Han desaparecido las múltiples cuestiones que existían en lo antiguo sobre esta materia. Verifíquese la adquisición por voluntad del transmitente ó por ministerio de la ley, y sea la que fuere la procedencia anterior de los bienes, el cónyuge viudo ha de reservar cuanto hubiese adquirido por título lucrativo de sus hijos del primer matrimonio, del cónyuge premuerto, ó de los parientes de éste y por consideración al mismo. Sólo se atiende á que el viudo disfruta bienes que eran de su esposa ó de sus hijos y los disfruta gratuitamente, por lo que es más justo que vuelvan á esos hijos, que no que pasen á los descendientes de otra unión, pues la ley supone que tal debió ser la voluntad del transmitente.

Son, pues, reservables los bienes adquiridos por título de legítima, lo mismo que los dejados como herencia ó legado de la parte de libre disposición, y los adquiridos por donación rela-

cionada ó no con el matrimonio, siempre que se trate de propias donaciones, teniendo sólo en cuenta en las remuneratorias ó en las en que se impusiere alguna carga, la parte en que excediere el beneficio al servicio ó gravamen. Y son reservables los bienes procedentes de una vinculación, como ya declaró, antes de regir el Código, la sentencia de 26 de Octubre de 1858, y los procedentes de un modo remoto ó indirecto del mismo cónyuge obligado á la reserva, tales como los que hubiese donado ó entregado al hijo de quien después directamente los adquiere por título lucrativo, y, por tanto, los que se devuelven al ascendiente en el caso del art. 812. Es lucrativo todo acto aparentemente oneroso que se pruebe que fué en realidad gratuito.

Mirando la cuestión desde un punto de vista más general, el Código habla de *bienes* y de *adquisiciones*. En la palabra *bienes* se comprenden, con arreglo al art. 333, todas las cosas que son ó pueden ser objeto de expropiación, y por tanto, no solamente los objetos materiales, sino también los derechos sobre ellos. Véanse los arts. 334 al 337.

Mas donde no hay adquisición propiamente dicha, ó donde no haya adquisición directa de las personas expresadas en favor del cónyuge binubo, puede sostenerse que la reserva no es obligatoria. La condonación, la renuncia de derechos ó el perdón de deudas, interpretando respectivamente los arts. 968 y 969, no son propias adquisiciones, sino más bien extinción de obligaciones. Si por renuncia del hijo á una herencia de un tercero recae esta herencia ó algún legado en el cónyuge sobreviviente, éste no adquiere directamente nada de su hijo, y no está obligado á reservar.

El Código se limita á enumerar los límites lucrativos más importantes. Es cuestión secundaria la de si todos ellos son aplicables ó no á cada una de las personas á quienes se refiere al hablar de su procedencia.

Así, por ejemplo, la sucesión intestada no será aplicable á los parientes del cónyuge difunto, puesto que si en algún caso procede en favor del cónyuge viudo, no será nunca por conside-

ración al difunto, sino por razón del parentesco que pueda mediar también con aquel cónyuge.

Respecto á los bienes procedentes del cónyuge premuerto, se ha discutido también si es posible que sean adquiridos por el supérstite en virtud de herencia intestada.

Es evidente que, por regla general, no debe ocurrir tal caso, ya que, habiendo hijos ó descendientes, la herencia intestada no puede corresponder al cónyuge sobreviviente, y no habiendo hijos ó descendientes, no habría reserva. Para que la sucesión intestada de uno de los cónyuges motive adquisición de bienes en favor del otro, y tales bienes tengan el carácter de reservables, es necesario que existan hijos ó descendientes, y no puedan éstos, sin embargo, recibir la herencia, por cuya causa, y no existir otros con derecho preferente, como ascendientes, hijos naturales, hermanos ni sobrinos, pase el caudal abintestato al cónyuge sobreviviente. Este caso tiene que ser rarísimo, pero posible, ya porque el hijo ó hijos repudien la herencia sin renunciar á los bienes reservables, ya por estar desheredados ó ser indignos de suceder con relación al cónyuge premuerto, y recaer la reserva en todo ó en parte sobre bienes procedentes de los hijos ó de otros parientes. Ya hemos dicho, en efecto, que los hijos ó descendientes pueden renunciar la herencia de su padre ó madre (cónyuge premuerto), sin que por ello se entienda renunciado el derecho á los bienes reservables, y que la indignidad ó la desheredación son circunstancias relativas á cada causante, que privan de la herencia de éste, mas no impiden adquirir bienes sujetos á reserva de otra procedencia.

Conocidos los bienes que son reservables, se sabe los que no lo son. El Código expresamente excluye la mitad de *gananciales* correspondientes al viudo ó viuda, lo cual es natural, porque esos bienes proceden de su trabajo é interés en la sociedad conyugal, y son legítimamente suyos, sin que en caso alguno pueda decirse que los adquiere por título lucrativo del cónyuge premuerto.

La ley 14 de Toro lo reconoció así también: «Mandamos que

el marido y la mujer, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez ó más, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo ó tercero matrimonio, aunque aya avido hijos de los tales matrimonios ó de alguno dellos durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes».

La *legítima* asignada al cónyuge sobreviviente en los artículos 834 y siguientes, constituye un título gratuíto, y por su naturaleza y por la procedencia de los bienes sería reservable á no asignarse dicha legítima en usufructo. Mas como en esa legítima los hijos del matrimonio disuelto tienen desde luego la nuda propiedad, su derecho es más seguro y eficaz que el que nace de la reserva, y no necesitan de ésta para nada, por lo que es indudable que á esa legítima no se refieren los arts. 968 y 969.

Ahora bien: si por convenio de los interesados se adjudicasen al viudo en compensación de su legítima usufructuaria bienes en propiedad, podría presentarse la cuestión de si tales bienes eran reservables. En nuestra opinión lo son, porque siempre resulta que el cónyuge viudo recibe esos bienes por título lucrativo, y que proceden del cónyuge premuerto, y aunque quiera alegarse que el viudo cede su derecho de usufructo en compensación ó equivalencia de la propiedad que se le asigna, no por ello deja de ser lo que cede un derecho que gratuítamente recibe en la sucesión testada ó intestada de su difunto consorte, de modo que entrega lo que nada le costó adquirir.

Los bienes dotales y parafernales que se adjudiquen al cónyuge sobreviviente al disolverse la sociedad conyugal y dividir bienes por fallecimiento de su esposo, sólo serán reservables como donaciones en su caso procedentes del cónyuge premuerto, ó de los hijos, ó de otros parientes, por consideración al difunto, ó como herencias de los hijos ó de dichos parientes.

Por último, el art. 970 excluye de la reserva *las cosas dadas*

ó dejadas por los hijos á sus padres, sabiendo que estaban segunda vez casados.

En este caso, á pesar de adquirirse los bienes por título lucrativo y proceder de los hijos, no existe la reserva en cuanto á esos bienes, no nace en realidad, pues siendo uno de los fundamentos de la institución la presunta voluntad del causante, no cabe alegarlo cuando de los actos ó disposiciones de los mismos hijos se deduce una voluntad contraria, sin que el legislador deba conceder á los descendientes más protección que la que los mismos interesados quisieron prestarles.

Por esto, si alguno de los hijos, constándole el segundo matrimonio de su padre ó de su madre, quiso dejarles ó cederles gratuítamente parte de sus bienes, con preferencia á sus hermanos ó sobrinos, es justo que la ley no imponga entonces la obligación de reservar esos bienes. Sin embargo, esto no puede referirse á lo que el padre ó madre adquiera de sus hijos por herencia intestada ó como legítima, porque entonces no son los hijos los que dan ó dejan los bienes, sino que es la ley quien les impone la obligación de dejarlos, y, por tanto, no puede presumirse una voluntad que no puede existir.

Dados los términos de la ley, no es preciso que el hijo releve expresamente á su padre ó madre de la obligación de reservar, ni aun que manifieste saber el segundo matrimonio, y, no obstante, dé ó deje algo al cónyuge viudo; basta que ese segundo matrimonio sea por él conocido ó se pruebe que lo era cuando donó ó transmitió. Puede ocurrir que el hijo instituya heredero á su padre ó madre en un testamento anterior á las segundas nupcias, y que fallezca después de realizadas éstas sin revocar su última disposición. En tal caso, existe una presunción de que no quiso revocar, á pesar de constarle las segundas bodas; pero esta presunción cede ante la prueba en contrario, pues pudo tener el propósito deliberado de modificar su testamento y sorprenderle la muerte sin haberlo realizado.

La misma solución expresada en el art. 970 parece que debía adoptarse, por existir idéntica razón, cuando el cónyuge pre-

muerto consignase en su testamento que no quería se reservasen los bienes ó determinados bienes á sus hijos, aunque el sobreviviente contrajese segundo matrimonio; pero refiriéndose la ley solamente á las cosas dadas ó dejadas *por los hijos*, no cabe esta interpretación extensiva, porque al fin el derecho se establece en favor de los descendientes, y de ese derecho no puede privarles su padre ó madre, no declarándolo la ley de un modo expreso. Lo que sí ocurrirá en tal caso es que los descendientes, si aceptan la herencia del cónyuge premuerto, como sucesores en sus obligaciones, deberán respetar cuanto ordenó en su testamento, y no podrán reclamar la constitución de la reserva.

III

VIDA DE LA RESERVA

I.—Nacimiento de la reserva en favor de los hijos ó descendientes.

Para que la reserva impuesta al cónyuge viudo en los artículos 968 al 980 llegue á nacer, se exige la concurrencia de los requisitos ó condiciones siguientes:

1.º La existencia de hijos ó descendientes legítimos del matrimonio disuelto.

2.º La existencia de bienes de los que la ley declara reservables.

3.º La celebración por el cónyuge viudo de un nuevo matrimonio, ó el hecho de tener en estado de viudez un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente como tal hijo.

Estos últimos hechos constituyen un peligro para los hijos ó descendientes del primer matrimonio, y forman la causa ó motivo determinante para el nacimiento de la institución. Sin embargo, para este nacimiento es preciso que concurran todas las expresadas condiciones: faltando cualquiera de ellas, la reserva no llega á existir.

Mas salta á la vista que dichas condiciones no pueden presentarse ó aparecer todas simultáneamente, puesto que al falle-

cimiento de un cónyuge, punto de partida de la reserva, quedará forzosamente viudo, podrá haber hijos ó descendientes del matrimonio disuelto, y hasta bienes de la clase de reservables; pero el segundo ó posterior matrimonio, ó el nacimiento y reconocimiento de un hijo natural, tienen que ser hechos posteriores, y hasta los bienes reservables pueden ser adquiridos después de las segundas bodas ó del aludido reconocimiento.

Desde luego, si al morir un cónyuge no quedan hijos, al menos concebidos, ó por falta de hijos no queda algún nieto, nacido ó concebido, no puede haber reserva, porque faltan las personas en cuyo favor se establece, y no han de existir tampoco después. Si se reunen las dos primeras condiciones al morir un cónyuge, la realización de la última determinará el nacimiento de la reserva: así como si llegan á reunirse la primera y la última condición nada más, aun podrá después nacer la reserva, por adquirir el binubo bienes en virtud de herencia de alguno de sus hijos, ya en concepto de legítima ó de sucesión intestada, ó ignorando el segundo matrimonio. En el primer caso, al contraer el cónyuge viudo las segundas nupcias, la reserva nace retrotrayendo sus efectos al momento de la muerte del que fué su consorte. En el último, la reserva nace, sin retroacción alguna, al adquirirse los bienes.

Examinadas anteriormente las dos primeras condiciones que hacen relación á las personas en cuyo favor se establece la reserva, y á los bienes que se declaran reservables, examinaremos ahora la última, haciendo sólo constar previamente, que no pudiendo haber reserva mientras no hay viudo, ó siendo el punto de partida de la reserva, como hemos dicho, la muerte del cónyuge que premurió, sólo pueden ser reservables los bienes que existían en poder del viudo en ese momento, nunca los adquiridos con anterioridad que en dicha época hubiesen salido ya de su poder.

Antes de regir el Código, la reserva la motivaban solamente las segundas ó posteriores nupcias. El art. 980 señala un nuevo motivo, que el legislador ha creído fundadamente que debe pro-

ducir el mismo resultado: el nacimiento de un hijo natural que se reconoce después.

El segundo ó posterior matrimonio, aun celebrado contraviniendo ciertos preceptos legales, produce la obligación de reservar. Así, el cónyuge binubo no puede alegar la falta de inscripción del matrimonio en el Registro civil, ni la falta de consejo ó consentimiento para contraerlo, ni el hecho de haberse contraído por la viuda antes de los trescientos días siguientes á la disolución, ó por el tutor con su pupila antes de haberse aprobado las cuentas de la tutela; en el primer caso, porque se trata de una obligación de que no puede librarse el viudo pretextando que ha infringido la ley, y en los demás, por la misma razón, y además, porque el matrimonio es, á pesar de todo, perfectamente válido y eficaz.

Puede ocurrir que el segundo matrimonio sea nulo. Parece que en tal caso, puesto que no existe legalmente ese matrimonio, puesto que propiamente no hay nuevas nupcias, no hay obligación de reservar. No obstante, creemos que hay que distinguir.

Si del matrimonio nulo no quedaron hijos, la unión desaparece sin dejar rastro alguno, y puede afirmarse que no hay reserva. Si del matrimonio nulo quedaron hijos, existe para los descendientes de las primeras nupcias el peligro que la ley trata de prevenir con la institución de los bienes reservables, y no precisamente por unas segundas nupcias, que no existen legalmente, sino más bien por tener el cónyuge en estado de viudez hijos legítimos, reconocidos así por la ley (caso análogo y aun de más fuerza que el del art. 980): ese cónyuge tendrá la obligación de reservar.

Si el matrimonio es válido, poco importa que existan ó no hijos de las segundas ó posteriores nupcias, porque en tal caso, no es la existencia de estos hijos la que motiva la reserva, sino el hecho de contraer el viudo segundo matrimonio, como prueban todos los artículos del Código en esta sección.

El nacimiento de un hijo natural envuelve el mismo peligro ó aún mayor que las segundas nupcias; pero por sí sólo la ley

no le admite como causa de la reserva, por la duda que pueda ofrecer su paternidad. Una vez reconocido legalmente ó declarado judicialmente tal hijo natural, toda duda desaparece, el hecho se hace ostensible y público, y sobre todo cierto ó evidente, y la ley impone al viudo ó viuda la obligación de reservar, retrotrayendo, como es justo, los efectos del reconocimiento ó declaración judicial á la época del nacimiento.

Otro tanto puede afirmarse respecto á la legitimación por concesión real.

Pues bien: al contraer el segundo ó posterior matrimonio existiendo hijos ó descendientes de la primera unión y bienes de los que la ley declara reservables, nace, como hemos dicho, la reserva; pero si aquel hecho se verifica, dicha reserva produce consecuencias desde el fallecimiento del cónyuge que premurió, tiene efecto retroactivo, puede decirse concebida desde ese fallecimiento. Por esto, para saber los bienes que deben reservarse, hay que atender á esa época: todos los bienes adquiridos por el viudo ó viuda en virtud de título lucrativo del cónyuge premuerto, de los hijos de su primer matrimonio ó de los parientes del difunto por consideración á éste, que en el momento de la muerte del cónyuge que premurió existían en poder de ese viudo ó viuda, son reservables. Los que en ese momento habían salido ya de su poder no deben reservarse, porque á tanto no alcanzan los efectos retroactivos de la reserva.

La realidad de este efecto retroactivo es fácil de demostrar.

Habla el art. 974 de las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables, y el 976 de la de los bienes muebles, hechas unas ú otras por el cónyuge sobreviviente antes de celebrar las segundas bodas. En ambos casos se impone al viudo ó viuda la obligación de indemnizar y asegurar á los hijos el valor de los bienes que ya se enajenaron *por el viudo ó viuda*. De donde se deducen dos consecuencias: 1.ª Que el cónyuge binubo responde á sus hijos del valor de los bienes muebles é inmuebles que enajenó antes de casarse segunda vez, y por tanto, que á los hijos se les reconoce un derecho sobre el valor de bienes que no

existían ya al contraerse el segundo matrimonio, ó sobre esos mismos bienes si no hubieran sido enajenados. 2.ª Que puesto que se trata sólo de enajenaciones hechas por el cónyuge sobreviviente, según el art. 974, ó por el viudo ó viuda, es evidente que respecto á las hechas por el cónyuge antes de morir su consorte ó antes de enviudar, no existe la obligación de indemnizar; ó lo que es lo mismo, que en cuanto á los bienes enajenados en esa época no hay reserva: limitación que forzosamente resulta impuesta á los arts. 968 y 969. Los efectos de la reserva se retrotraen, por consiguiente, á la fecha de la muerte del cónyuge que premurió ó á la adquisición de los bienes si fué posterior á esa muerte, mas no pueden retrotraerse más allá, ó extender más lejos la esfera de acción de la reserva.

Si tratamos de aplicar estos principios al otro motivo que produce la obligación de reservar, el nacimiento de un hijo natural reconocido, habremos de encontrar dificultades que tal vez no previó el legislador, que después de dictar cuantas reglas creyó necesarias en relación á la reserva creada por las segundas nupcias, se limita en el art. 980 á decir: «La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos, será aplicable al viudo ó viuda que aunque no contraiga nuevo matrimonio, tenga en estado de viudez un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente tal hijo. Dicha obligación *surtirá efecto* desde el día del nacimiento de éste». El reconocimiento ó declaración judicial se retrotrae á la fecha del nacimiento, mas la obligación de reservar, ¿se retrotrae aún más, hasta la muerte del cónyuge ó la adquisición de los bienes, ó sólo produce efecto desde el nacimiento? ¿Responde el viudo del valor de los bienes muebles ó inmuebles que enajenó con anterioridad á ese nacimiento? ¿Cuándo ha de constituirse la hipoteca que asegure la devolución y cumplirse las obligaciones del art. 977? Cuestiones son estas que examinaremos después en este mismo comentario, al tratar de dicha hipoteca y de las expresadas enajenaciones.

El solo hecho de vivir la viuda deshonestamente no produce desde luego la obligación de reservar.

El reconocimiento en estado de viudez de un hijo natural habido antes de contraerse el primer matrimonio, ¿motiva también la reserva? El art. 980 habla de *tener* en estado de viudez un hijo natural reconocido, con lo cual parece que la ley exige que el hijo natural nazca cuando ya es viuda la persona obligada á la reserva. Que esta es la idea del legislador lo prueba el último párrafo del artículo.

II.—Derechos y obligaciones creados por la reserva,

A) DERECHOS Y OBLIGACIONES AL NACER LA RESERVA. — La reserva á que se refieren los arts. 968 á 980 necesita ante todo medios eficaces de subsistencia. No puede ser abandonada á sí misma, concediendo à los hijos ó descendientes un derecho en abstracto y sin garantía para que llegue á ser una verdad. De aquí que desde el momento de nacer la reserva deba ya producir un derecho en esos descendientes á que se les asegure la entrega en su día de los bienes ó de su valor, y la obligación correlativa en el cónyuge sobreviviente.

Así lo entendieron desde luego los autores de la ley Hipotecaria, y así lo han comprendido los del Código civil. El ser *legal* la reserva no autoriza, aunque otra cosa sostenga la Dirección general de los Registros en su resolución de 5 de Enero de 1893, examinada al comentar el art. 811, para prescindir de todo medio de vida y garantía. El criterio del legislador aparece manifiesto en los arts. 977 y 978 del Código civil, 190 al 199 de la ley Hipotecaria y 134 al 141 de su reglamento.

En la exposición de motivos de la citada ley, decían sus ilustres autores lo siguiente: «No definido de un modo terminante en la ley el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge sobreviviente en los bienes reservables, pareciendo por una parte dueño de ellos, y por otra un mero usufructuario, se ha suscitado la duda de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse en su caso nulas desde luego, ó si ha de

esperarse á su fallecimiento para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga á anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir á su padre ó madre. Mas cualquiera que sea la opinión que se adopte, nadie desconocerá que en ninguna de ellas se hallan bien definidos los derechos del padre ó madre; que el dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla en incierto, porque pende, más que de la ley, de las opiniones de los jueces, que la propiedad pierde en tal estado de vacilación é incertidumbre, y que los hijos pueden encontrarse despojados de sus derechos legítimos á la reserva por falta de hipoteca eficaz, ó de inscripción que los asegure. Para salir de semejante estado, la Comisión ha propuesto reglas análogas á las que deja expuestas para garantir los derechos de la mujer casada. Estas son: hacer constar la cualidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas de dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva á que están afectos los inmuebles, ó constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos á reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre ó madre que se ofrezcan en garantía. Así la carga hipotecaria pesará constantemente sobre las fincas hasta que llegue el caso del fallecimiento del que debe reservar, ó hayan los bienes vuelto á adquirir su condición de libres.»

Aunque mejor definidos hoy los derechos del viudo y de los hijos con relación á las reservas, existe la misma necesidad de asegurar los derechos de los descendientes, y á esa necesidad atiende el Código dictando como bases los preceptos de los artículos 977 y 978.

El viudo ó viuda tiene, como hemos dicho, obligación de reservar, ya por contraer segundo ó posterior matrimonio, ya por tener en estado de viudez un hijo natural reconocido ó declarado judicialmente como tal hijo. Veamos lo que ha de hacerse en cada uno de estos casos.

1.º *Segundo ó posterior matrimonio.*—El viudo ó viuda, *al repetir matrimonio*, se halla obligado según los arts. 977 y 978:

A inventariar los bienes sujetos á reserva.

A anotar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo á lo dispuesto en la ley Hitecaria.

A tasar los muebles.

A asegurar con hipoteca:

a) La restitución de los *bienes muebles* no enajenados en el estado que tuviesen al tiempo de su muerte, si fuesen parafernales ó procedieren de dote inestimada; ó de *su valor,* si procediesen de dote estimada.

b) El abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionen por su culpa ó negligencia.

c) La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados, ó la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho por título gratuito.

d) El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Inventario.—A tenor del art. 134 del reglamento dictado para la ejecución de la ley Hipotecaria, «el inventario y tasación de bienes reservables que deberán presentarse al juzgado ó tribunal, según los arts. 192 y siguientes de la nueva ley, con objeto de constituir la correspondiente hipoteca legal, serán los que judicial ó extrajudicialmente se hubieren practicado, y si no existiesen de esta especie, los que el padre, ó en su caso la madre, forme por sí, haciendo constar el valor de los bienes con testimonio de la adjudicación que de ellos se le hubiere hecho, y en su defecto, por certificación de peritos ó por capitalización al tipo que se acostumbre en cada lugar».

En el mismo criterio de libertad se inspira el Código, por lo que el inventario podrá formarse con la intervención judicial, ante notario ó privadamente, con tal que sea fiel y exacto.

Deberá comprender *todos* los bienes reservables, existan en poder del cónyuge viudo ó hayan sido ya enajenados por él. Así lo comprueban los términos generales en que se expresa el ar-

tículo 977 y los núms. 3.° y 4.° del 978, pues si el viudo ha de asegurar con hipoteca el valor ó precio de los bienes muebles ó inmuebles enajenados antes de la celebración de las segundas nupcias, necesario es que conste cuáles son esos bienes.

En la formación del inventario han de tenerse en cuenta, por lo tanto, todos los bienes reservables, los cuales deben resultar de los correspondientes títulos de adquisición, ya procedan de dote, donaciones, legados, herencias, etc., separando solamente los que al tiempo de disolverse el matrimonio primero hubiesen desaparecido por pérdida del objeto ó del derecho sobre él, mediante destrucción, enajenaciones, reivindicación, expropiaciones, etc. En los existentes convendrá separar los bienes muebles de los inmuebles, y en cada grupo los enajenados por el viudo antes de casarse segunda vez de los enajenados.

Anotación de los inmuebles en el Registro de la propiedad. — Habla el art. 977 *de anotar* en el Registro de la propiedad la calidad de reservables de los inmuebles, con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria. En ésta se exige que se haga constar la cualidad de reservables en cuanto á los inmuebles y derechos reales sobre los mismos, en las inscripciones de dominio respectivas (art. 192, núm. 6.°), añadiendo el art. 139 del reglamento:

«Para hacer constar en el Registro de la propiedad la calidad de reservables que tuvieren las fincas, se pondrá *nota* al margen de la correspondiente inscripción de dominio en esta forma: «La finca de este número es reservable en favor de D. A. »y Doña B , hijos (ó nietos, etc.) de D. C. y Doña D., según el »expediente seguido en el Juzgado ó Tribunal de ..., para hacer »constar y garantir los bienes reservables de dichos hijos, etc.»

No es lo mismo, en el lenguaje de la ley Hipotecaria, anotación que nota, ni, por tanto, anotar, como dice el Código, y extender nota marginal; pero en el fondo, lo que exige el art. 977 respecto á los inmuebles es que conste su naturaleza y la obligación á que están afectos por medio de nota. La anotación constituiría una novedad innecesaria, y no se ajustaría bien á los

moldes del art. 42 y siguientes de la ley Hipotecaria. Además, debiendo hacerse la operación con arreglo á lo dispuesto en esta ley, como exige el art. 977 del Código, y marcándose allí hasta la forma en que ha extenderse la nota marginal, es evidente que en este sentido debe entenderse la palabra *anotar*.

Esa sencilla nota asegura cumplidamente el derecho de los hijos ó descendientes del primer matrimonio sobre los bienes inmuebles reservables, porque mediante ella saben los terceros que quieran contratar que el dominio del cónyuge binubo en tales bienes es un dominio condicional ó revocable. Afirma un comentarista que la nota no da derecho ni acción á los hijos sobre los bienes, ni tiene otro objeto el precepto hipotecario que asegurar ó garantizar dichos bienes, sin que la nota tenga consecuencia alguna. Estimamos que si asegura y garantiza ha de asegurar algo; y este algo es el derecho que corresponde á los hijos, por lo que es evidente que la nota produce consecuencias importantes; precíndase de ella, y, enajenando el binubo sin limitación, no podrá cumplirse el art. 975, y los hijos serán perjudicados. La nota no da derecho ni acción sobre los bienes, ciertamente; ese derecho lo da la ley, y por medio de la nota se asegura; la nota dice á todo tercero que en los inmuebles reservables el binubo no es dueño absoluto, y que si, como es natural, sus hijos ó descendientes le sobreviven, las enajenaciones y gravámenes que aquél realice no subsistirán, porque las fincas ó derechos son de esos descendientes.

Tasación de los muebles.—Véase lo expuesto con relación al inventario, que es en gran parte aplicable. Respecto á los bienes muebles ya enajenados, se expresará cuáles sean, haciendo constar su valor ó el precio por que fueron enajenados, á los efectos del núm. 3.º del art. 978.

Aunque la ley habla de *muebles*, no por ello ha de entenderse aplicable el párrafo segundo del art. 346, que excluye las alhajas, ropas, libros, granos, etc. Dicha palabra se usa aquí en contraposición á la de *inmuebles*, y comprende, por tanto, todos los bienes considerados como muebles en los arts. 335 y 336.

Hipoteca.—En el art. 978 se detalla el objeto de la hipoteca que se exige al cónyuge viudo al repetir matrimonio hallándose en posesión de bienes reservables, y cuánto debe asegurar. Los tres primeros números de dicho artículo se refieren á los bienes muebles, y el 4.° á los inmuebles.

En cuanto á los *muebles*, debe atenderse á su estado y procedencia para fijar la cuantía de la hipoteca con que ha de ser asegurada su restitución. Si proceden de dote estimada, como en su virtud adquirió el dominio de ellos el marido, éste está obligado á restituir el valor ó precio en que hubieren sido tasados al recibirlos, según el art. 1366. Y si proceden de bienes parafernales ó de dote inestimada, deben devolverse, si existen, en el estado que tuviesen al tiempo de la muerte del marido con abono de los deterioros ocasionados ó que se ocasionaren por su culpa ó negligencia; pero si los hubiese enajenado, como puede hacerlo antes ó después del segundo matrimonio, según el artículo 976, está obligado á la devolución del precio que hubiere recibido, ó del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta hubiere sido hecha á título gratuito. Así se ordena en los números 1.°, 2.° y 3.° del art. 978, y lo mismo habrá de entenderse, en cuanto sea aplicable, cuando los bienes reservables sean de otra procedencia, y en el caso de que la viuda sea la obligada á la reserva. Por consiguiente, la hipoteca deberá ser bastante para asegurar en cada caso las responsabilidades antedichas.

Y respecto de los bienes inmuebles que sean reservables, el número 4.° del mismo art. 978 limita al valor de los *enajenados válidamente* la hipoteca que para asegurar su restitución deben prestar el viudo ó la viuda al repetir matrimonio. Según el artículo 974, se hallan en dicho caso los inmuebles reservables, que el cónyuge sobreviviente hubiere enajenado antes de contraer segundas bodas. Dicho valor será el que tenían al tiempo de la enajenación, ya hubiera sido á título oneroso, ó á título gratuito, como se deduce del núm. 3.° del citado art. 978. Para asegurar la restitución de los enajenados después de contraer

segundo matrimonio, basta la nota que ha de ponerse en el Registro de la propiedad de su calidad de reservables, conforme al art. 977, y que hemos explicado anteriormente.

Si los hijos ó descendientes son mayores de edad, y el padre ó madre quisieren cumplir sus deberes, la hipoteca que exige el artículo 978 puede ser voluntaria. En otro caso, la hipoteca es legal, y hay que ajustarse á lo que preceptúan los arts. 192 al 198 de la vigente ley Hipotecaria y sus concordantes del reglamento.

La ley Hipotecaria, en efecto, establece, como ley adjetiva en esta materia, la forma y requisitos de la constitución de hipoteca. Aunque se haya variado la legislación sobre bienes reservables, esto importa poco. Sean cuales sean esos bienes, ha de asegurarse á los hijos y descendientes su derecho sobre las bases que el Código establece y con arreglo á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Según los preceptos de la novísima ley Hipotecaria en su artículo 191, núms. 1.° á 6.°, deben el padre ó la madre presentar al juzgado el inventario y tasación pericial de los bienes que han de asegurarse en favor de los hijos, y además una relación de los inmuebles de su propiedad que ofrezca en hipoteca, justificando con los títulos correspondientes el derecho que sobre ellos le corresponda, y con certificación del Registro la libertad ó gravámenes á que estén afectos.

Estimando el juez que el inventario y la relación son exactos, y que la hipoteca ofrecida es suficiente, se extiende un acta en la que se hace constar cuáles son los bienes reservables, y la hipoteca que se constituye. Si ésta no pareciese suficiente, se ampliará, á ser posible, sobre otros bienes del hipotecante, y si el padre ó madre careciesen de inmuebles que hipotecar, se instruirá el expediente con el solo objeto de hacer constar la reserva y su cuantía, imponiendo á aquéllos la obligación de hipotecar los primeros inmuebles que adquieran.

Extendida el acta, firmada por el padre ó la madre y por el escribano, y aprobada por el juez, se entregarán al padre ó ma-

dre, y si ellos se niegan á recibirlas, se remitirán de oficio al Registro dos copias debidamente autorizadas, para que se proceda á su inscripción, quedando una archivada en dicha oficina, y devolviéndose la otra con su correspondiente nota.

En el Registro se hacen constar al margen de las respectivas inscripciones de dominio, por medio de nota, la calidad reservable de los inmuebles ó derechos reales sobre los mismos, y se inscribe la hipoteca constituída en su caso, para asegurar todas las responsabilidades á que el art. 978 del Código se refiere.

La antigua ley Hipotecaria añadía en el número 2.º del artículo 194, que la hipoteca se constituya sobre los inmuebles reservables, y sobre los de la propiedad absoluta del padre ó madre que se ofrezcan en garantía por el valor de aquellos inmuebles y por el de los demás bienes sujetos á reserva. Esta disposición era la principal dificultad que ofrecía la interpretación del artículo 194; pero del 199 de la derogada ley, y de los 139 y 141 del reglamento, se deducía que respecto á los inmuebles reservables bastaba la nota marginal justificativa de su cualidad, y que no era por tanto, necesaria la hipoteca que sobre esos mismos inmuebles parecía exigirse, ya fuese para responder de su propio valor, ya para garantir el valor de los otros bienes sujetos á reserva.

De todos modos, como hoy, según el Código, el viudo ó viuda sólo están obligados á anotar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles, y no se asegura nunca con hipoteca el valor de esos mismos inmuebles, la cuestión ha perdido toda su importancia, y como aclaración ó como innovación hay que aceptar la doctrina del Código, que siempre fué la más aceptable y verosímil.

Cuando el padre ó la madre voluntariamente no se presten á la constitución de hipoteca, si los hijos son mayores de edad, sólo ellos pueden exigirla, una vez transcurridos los noventa días que á aquéllos concede la ley. Si son menores, deben reclamarla, según el art. 192 de la vigente ley Hipotecaria. Los parientes, cualquiera que sea su grado ó albaceas, pues existiendo pa-

dre ó madre, no es posible que exista tutor, protutor ni consejo de familia, y en su defecto el Ministerio fiscal. Sin embargo, siendo la madre la viuda, téngase presente el art. 168 del Código, que al privarla, de patria potestad sobre sus hijos por el hecho de contraer nuevo matrimonio, viene á hacer necesario el nombramiento de un tutor con su obligado cortejo, siguiendo la nueva ley á la que hubo de regir en las provincias de Ultramar que imponía en último término la obligación de pedir la formación del expediente al Ministerio fiscal.

Dicho expediente ha de estimarse, á los efectos de la ley procesal, como acto de jurisdicción voluntaria.

Estas disposiciones y las de los arts. 116 al 119 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, y 50 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registros, son las que tratan de que sean una verdad los medios que la ley establece para asegurar á los hijos y descendientes su derecho á los bienes reservables. Los notarios y los registradores pueden por sí solos, en los casos en que se solicite su intervención, hacer que conste á los contratantes ó adquirentes la cualidad reservable de determinados bienes. No es culpa de la ley si en muchas ocasiones no se cumplen sus preceptos, y á pesar de su interés, resultan perjudicados los intereses de los hijos.

2.° *Reconocimiento de un hijo natural.*—Es indudable que las mismas obligaciones antes expresadas corresponden al cónyuge viudo en el caso del art. 980, puesto que se trata de la misma reserva, aunque motivada por un hecho distinto. Mas esas obligaciones, ese inventario y tasación, nota ó hipoteca, ¿cuándo deben realizarse? ¿al tiempo del nacimiento ó al del reconocimiento del hijo? La ley Hipotecaria de la Península no pudo prever este caso, y la que se dictó para las que fueron nuestras provincias de Ultramar, tampoco lo resolvió.

Un comentarista estima que equiparándose *el nacimiento* de un hijo natural á las segundas bodas, es indudable que desde este momento debe empezar á correr el plazo de noventa días mencionado.

Los Sres. Galindo y Escosura, en sus comentarios á la ley Hipotecaria, dicen: «Estos noventa días comienzan á contarse desde el de la celebración del matrimonio, desde que el viudo ó viuda *reconoció* al hijo natural ó se dictó sentencia declarándolo tal, ó desde que se adquirieron los bienes, si esto ocurre después de la celebración del segundo matrimonio, ó del reconocimiento ó sentencia».

Esta última opinión nos parece más fundada. No basta el nacimiento de un hijo natural, cuya filiación por otra parte, tendrían que probar previamente los interesados, ni cabe imponer al viudo ó viuda antes del reconocimiento la serie de obligaciones que resultan de los artículos 977 y 978, porque sería edificar en el aire, como si al viudo se le impusiesen cuando aun no podía saberse si llegaría ó no á contraer segundo matrimonio. Lo que en realidad motiva la reserva, lo que en realidad equivale á las segundas nupcias, es el reconocimiento ó la declaracion judicial del hijo natural, y desde este hecho que puede ser muy posterior al nacimiento, ha de hacerse partir la obligación, aunque sus efectos se retrotraigan después al día de dicho nacimiento.

Así lo hubieron de entender también nuestros legisladores. En el proyecto de ley Hipotecaria, el Senado emitió dictamen en el sentido de que el art. 192 habría de estar concebido de la manera siguiente: «El término de los noventa días á que se refiere el artículo anterior, empezará á contarse desde que, por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, ó por haber sido reconocido ó declarado judicialmente natural el hijo á que se refiere el art. 980 del Código civil, adquieran los bienes el carácter de reservables».

El Congreso, por su parte, emitió dictamen en esta forma (artículo 195): «En el caso del art. 980 del Código civil, empezará á contarse dicho término desde el reconocimiento del hijo, ó desde que quede firme la sentencia declaratoria de la filiación natural.»

No obstante los dictámenes de los Cuerpos Colegisladores, la

vigente ley Hipotecaria de 21 de Abril de 1909, publicada por Real decreto de 16 de Diciembre siguiente, apartándose, en este extremo importantísimo, del Código civil y de los dictámenes conformes del Senado y del Congreso en su art. 193, omitiendo deliberadamente cuanto se refiere á la reserva derivada por reconocimiento del hijo natural, dispone, que el término de los cuarenta días á que se refiere el artículo anterior, empezará á contarse desde que por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes el carácter de reservables. El precepto sustancial y categórico del derecho civil pasa inadvertido para una ley, que como en la Hipotecaria, en la cuestión presente, es meramente adjetiva, y es ciertamente censurable, que un precepto legal novísimo cuyo objeto principal era suprimir los artículos derogados por el Código civil, armonizar los textos contradictorios, é incluir en lugar oportuno las disposiciones del nuevo derecho y antiguo derecho que modificaban la antigua ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, después reformada en 1869 y 1877, prescinda en absoluto del mandato del derecho civil y haga respecto del mismo el vacío más absoluto.

Hasta el momento que corregimos la presente edición no se ha publicado el reglamento de la nueva ley, y si bien la manera de garantizar el derecho del hijo natural debe estar dentro de las disposiciones de la ley Hipotecaria, pudiera ser posible que el reglamento, cuya publicación se anuncia corrigiera tamaña y deliberada omisión.

El art. 980, en relación con los demás que tratan de la reserva, y con los efectos peculiares al nacimiento y al reconocimiento de hijos naturales, no admite racionalmente otra interpretación en el punto de que se trata. Puede presentarse en la práctica una seria dificultad. Si el viudo reconoce un hijo natural en su testamento, resultará que hasta después de su muerte no podrá exigirse la hipoteca legal, el inventario, y demás formalidades exigidas al viudo por la ley. ¿Qué hacer en tales circunstancias? La reserva, si se admite que nace, viene á nacer el mismo día en que debía morir por faltar la persona obligada

á ella. Sin embargo, el art. 980 quiere que en caso de reconocerse un hijo natural, la reserva surta efecto desde el día de su nacimiento, y mediante esta retroacción la reserva ó el derecho en los hijos á los bienes reservables ha de existir, sin que á pesar de ello haya sido posible asegurar ese derecho oportunamente. Creemos, por tanto, que todo se reduce á que vienen á confundirse el nacimiento de la reserva con su extinción, y que los hijos ó descendientes, aun sin hipoteca, ni nota marginal en el Registro, tendrán derecho á exigir los bienes reservables ó su valor justificando previamente, si no hubiere conformidad, los que tengan ó tuvieron tal cualidad.

Aun atendiendo sólo al nacimiento, puede presentarse la misma cuestión, y aun con caracteres más complejos. El nacimiento puede costar la vida á la madre que al morir reconoce á su hijo natural, pudiendo también ocurrir que el viudo, padre natural, muera antes, y en su testamento reconozca al hijo concebido que debe nacer.

La ley supone que los padres (viudo ó viuda) han de vivir al hacerse el reconocimiento, ó al obtenerse la declaración judicial. Digno es de estudio el caso en que así no ocurra, ya que la vida ofrece situaciones especialísimas. Si ese reconocimiento ó esa declaración judicial es posterior al nacimiento del hijo natural, los descendientes del primer matrimonio no deben en caso alguno perder su derecho á los bienes reservables. Si es anterior ó simultáneo, la reserva viene á ser inútil, y hasta puede sostenerse que legalmente no existe. En todo caso, si el nacimiento del hijo natural no perjudica á los descendientes del primer matrimonio, éstos no exigirán la reserva.

Ya hemos dicho que, en nuestra opinión, tampoco hay reserva legalmente, cuando el viudo ó viuda reconozcan en estado de viudez un hijo natural habido antes de contraer el primer matrimonio, y mucho menos cuando el nacimiento y el reconocimiento hubiesen sido hechos anteriores á dicha primera unión.

B) Derechos y obligaciones durante la reserva.—La exposición de motivos de la primera ley Hipotecaria consideraba

mal definidos en la antigua legislación los derechos del cónyuge viudo y de los hijos del primer matrimonio con relación á los bienes reservables. El Código precisa, determina en lo posible esos derechos, y si bien aun se suscitan dudas, éstas más bien se refieren á la naturaleza del derecho en sí mismo, que á su contenido.

Para unos, el cónyuge viudo es un dueño absoluto de los bienes reservables hasta su muerte, y con mayor motivo todavía antes de las segundas nupcias, ó del reconocimiento de un hijo natural, mientras que los hijos no tienen derecho alguno sobre los mismos hasta esa misma muerte. Para otros, dicho dominio del viudo está limitado, y esa limitación representa precisamente el derecho de los hijos. No creemos que hoy pueda sostenerse la tercera opinión, que consideraba al viudo un simple usufructuario, y propietarios desde luego á los descendientes: tal teoría no encuentra fundamento serio en el Código.

Fúndanse los primeros en la libertad de disposición de los bienes, que al viudo se concede en los artículos 674 al 676, pues lo mismo antes que después de las segundas nupcias, ó del reconocimiento, puede enajenarlos ó gravarlos válidamente, y hasta, para después de su muerte, puede mejorar á los hijos ó descendientes del primer matrimonio, ó desheredados.

Fúndanse los segundos en que las enajenaciones de inmuebles posteriores al reconocimiento ó segundas nupcias, tienen sólo un efecto limitado ó condicional; en que las demás enajenaciones, aun siendo válidas y eficaces, imponen al viudo la obligación de responder de su valor; en que también responde de los deterioros que se ocasionen en los bienes por su culpa ó negligencia; y en que al quedar descendientes del primer matrimonio, no puede dicho viudo disponer por causa de su muerte de los bienes más que entre dichos descendientes.

Los primeros sólo tienen razón en un sentido: en el de negar á los hijos y descendientes un derecho *real actual* sobre los bienes muebles ó inmuebles sujetos á reserva antes del fallecimiento del viudo obligado á reservar. Ese derecho real desde luego no exis-

te; pero, ¿cómo negar que á los hijos concede la ley derechos aun antes de ese fallecimiento? Las obligaciones impuestas al viudo en los arts. 977 y 978, ¿qué son más que derechos otorgados á los descendientes? Estos derechos, que se refieren directamente á los bienes reservables, son solamente derechos de seguridad y de garantía. ¿Por qué? Porque si los descendientes sobreviven al cónyuge viudo, ellos adquirirán el dominio de los bienes que se conserven en poder del reservista; exigirán de los herederos de éste el precio ó valor de los enajenados, y harán resolver ó rescindir las enajenaciones de inmuebles, realizadas en el caso del art. 975, ó lo que es lo mismo, porque si dichos descendientes no tienen ningún derecho real actual sobre los bienes, son designados por la ley como dueños para el caso de cumplirse determinada condición. Es un derecho análogo al del heredero instituído con condición suspensiva, y al del hijo concebido, en el caso de quedar en cinta la viuda del causante, é idéntico al de los parientes lineales dentro del tercer grado, con arreglo al artículo 811. Este derecho recae en la entidad hijos ó descendientes, no en hijos ó descendientes determinados, y por esto, aunque se permita á los individuos renunciar, el derecho no se extingue mientras exista la clase en cuyo favor lo establece la ley.

Con relación al viudo ó viuda y á sus herederos que han de continuar su personalidad, es evidente que si los hijos del primer matrimonio pueden llegar á ser dueños, ese viudo ó herederos pueden dejar de serlo, su derecho está amenzando, y esta amenaza de resolución no puede menos de constituir una traba.

La confusión en que incurren los que sostienen que el viudo es dueño absoluto de los bienes reservables hasta su muerte, nace de fijarse exclusivamente en la excepción y no en la regla, y así afirman que, puesto que puede válidamente enajenar, es un dueño. Mas creemos preferible fijarnos en la regla general, ó sea en el caso de que los bienes sigan en poder del viudo hasta su fallecimiento; después explicaremos el alcance de la excepción.

Los bienes siguen, pues, en poder del viudo hesta su falleci-

miento; ¿no es esto, en efecto, lo más natural y lo que debe constituir la regla? ¿Qué derecho corresponde sobre ellos á la persona obligada á reservar? ¿Es un derecho ó un dominio absoluto? No lo es, no puede serlo; no es derecho absoluto el que corresponde á una persona sobre determinados bienes que posee y disfruta mientras vive, cuando empieza por tener que hacer forzosamente un inventario y tasación de esos bienes, cuando se le obliga á instruir un expediente en que conste lo que debe guardar y conservar para sus hijos, cuando en el Registro de la propiedad ha de expresarse que son reservables en favor de sus descendientes, ó que á ellos deben pertenecer más tarde con arreglo á la ley, y cuando ha de hipotecar, ni más ni menos que un usufructuario, bienes propios, en seguridad de su obligación de guardar ó conservar para otros, respondiendo hasta del deterioro que experimenten por su culpa esos bienes que tiene en depósito. No es derecho absoluto aquel que no sólo puede desaparecer, sino que es lo más natural que desaparezca, por sobrevivir hijos ó descendientes. Menguado dominio absoluto el del propietario condicional; cuyos herederos han de entregar á terceras personas íntegramente y sin compensación los bienes en que ese pretendido absoluto dominio consistía.

El derecho del viudo mientras conserva los bienes, cuyo usufructo indiscutiblemente le pertenece, es un derecho condicional, que pueda afirmarse, y puede aún más fácilmente desaparecer. Si sobreviven hijos ó descendientes del primer matrimonio, hecho incierto y futuro, su derecho se extingue. Y no se diga que es requisito indispensable para la existencia de condiciones resolutorias que la voluntad de las partes la establezcan, ó que sean voluntariamente aceptadas. No hay tal: la condición es un hecho futuro é incierto al que se halla ligada la existencia ó la extinción de un derecho; se llama resolutoria cuando la realización de ese hecho determina la extinción de ese derecho, y suspensiva, cuando tal realización determina su nacimiento; y en ambos casos la condición puede ser establecida por la voluntad de las partes, y entonces será voluntaria, ó impuesta ó

deducida de la ley, en cuyo caso será legal. Si del retracto convencional nace una condición resolutoria voluntaria, del retracto concedido por la ley nace una condición resolutoria legal, como es también legal la condición de que depende el derecho de los herederos cuando la viuda queda encinta.

Pasemos á la excepción. El viudo enajena ó grava los bienes reservables. La ley se lo consiente, y con ello persigue un fin laudabilísimo: estorbar la circulación de la riqueza, no amortizar el capital mueble ó inmueble reservable. Hace aún más: mantiene en todo caso la eficacia de las enajenaciones de bienes muebles, y hasta las segundas bodas las de los inmuebles, porque sería extremar las precauciones prohibir antes de ese hecho incierto la enajenación; después, bajo el supuesto de que la ley será cumplida, y de que, mediante la nota marginal en el Registro, ninguno que quiera contratar sobre los inmuebles reservables será inducido á error, sólo permite al viudo enajenar el derecho en la forma limitada, insegura, condicional en que á él mismo le pertenece, y no dispone lo mismo con relación á los bienes muebles, por su naturaleza especial, por no ser posible que todos conozcan cuáles son reservables, y porque en ellos tiene declarado la misma ley que la posesión de buena fe equivale al título.

Estos son los justísimos fundamentos de la excepción, que purgan á la reserva de los principales inconvenientes de que adolecía.

Mas al establecer la excepción, la ley no ha olvidado los derechos de los hijos en esos bienes: ha transigido en interés de la propiedad y de los terceros adquirentes, pero ya que no los mismos bienes, ha asegurado á los descendientes del primer matrimonio su valor, y esto siempre, fuesen muebles ó inmuebles, y aunque se hubiesen enajenado antes de las segundas nupcias ó del reconocimiento. De este modo, la propiedad circula; los terceros no pueden ver perturbado su derecho á los bienes, fuesen ó no reservables, que adquirieron; los descendientes del primer matrimonio nada pierden, porque á los objetos

cuya propiedad debía serles reservada sustituye su precio ó valor asegurado con hipoteca; y el cónyuge viudo nada gana, porque ha de entregar un equivalente de lo que enajenó. La excepción, pues, consiste en admitir la sustitución, subrogación ó equivalencia de unas cosas por otras, de los bienes por su valor, en interés de la seguridad en la propiedad y en la contratación.

No será en tal caso, si se quiere, el derecho de los hijos ó descendientes, un derecho sobre los mismos bienes reservables, sino más bien sobre otros cualesquiera del padre ó de la madre obligados á reservar. Pero, ¿podrá negarse que aun en estas excepcionales circunstancias se impone al viudo una limitación tan íntimamente ligada á los bienes reservables, que nace con motivo de actos sobre ellos y representa precisamente su valor? ¿Es igual el derecho del dueño absoluto que vende lo suyo y guarda para sí ó para quien quiera el precio, que el derecho del viudo que vende lo que tiene obligación de guardar, y tiene que entregar íntegro ese precio á los hijos ó descendientes del primer matrimonio?

Y cuando ya el segundo matrimonio se realiza, cuando ya no puede caber duda de la existencia de la reserva, ¿qué dice el Código con relación á los bienes en que pueden mantener sin peligro las consecuencias de la reserva? Dice que sólo subsisten las enajenaciones si á la muerte del viudo no quedan hijos ó descendientes del primer matrimonio, que es lo mismo que en general afirma el art 971. Ante el texto de estos artículos toda discusión es ociosa. El 968 expresa claramente que el viudo tiene la obligación de reservar la *propiedad* de los bienes; sabido es que el Código usa con relativa frecuencia la palabra *propiedad* como sinónima de mera ó nuda propiedad. La excepción en caso de ciertas enajenaciones no destruye la regla, antes bien la confirma. Negar limitación en el derecho del viudo, equivale a negar la existencia de la reserva.

En todo el período que media desde el nacimiento de la reserva hasta su extinción, los hijos ó descendientes, una vez ase-

gurado el derecho que en su día les puede corresponder, sólo tienen una esperanza, y por tanto, no tienen ni aun la facultad de transmitir esa esperanza á sus herederos.

El viudo es en primer término un usufructuario, que deberá usar ó disfrutar las cosas según su naturaleza, en el modo y forma expresados al tratar del usufructo. Pero como además de ser usufructuario, es, aunque condicionalmente, nudo propietario de los bienes, puede disponer de éllos, del modo establecido en los arts. 974 al 976.

Examinemos ahora dichos artículos, así como los 972 y 973, en cuanto hacen relación á los derechos y obligaciones durante la reserva.

1.º *Enajenaciones de bienes reservables en caso de segundas nupcias.* — Véase lo expuesto en los precedentes y jurisprudencia. Las palabras, que ya transcribimos de la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, manifiestan con claridad las opiniones dominantes en la materia antes de la vigencia del Código.

Los bienes reservables se expresan en los arts. 968 y 969, y de ellos nos ocupamos anteriormente. Mediante las segundas bodas, son reservables cuantos de los prefijados en la ley existían en poder del viudo ó viuda á la muerte de su primer consorte. Por eso el Código, con perfecto conocimiento de causa, aunque los bienes sean enajenados antes de las segundas nupcias, califica ese acto de enajenación *de bienes reservables*, pues si hasta dichas segundas nupcias no hay reserva, ésta, al nacer, se retrotrae y alcanza hasta á los bienes que habían sido enajenados con anterioridad.

Con relación á las enajenaciones de bienes reservables, resultan de la doctrina del Código las siguientes distinciones, bajo la base de realizarse el segundo matrimonio, pues en otro caso no habría cuestión. Una, previa y esencial, que separa las disposiciones entre vivos, de las que deben producir sus efectos á la muerte del transmitente; y dos secundarias, que se refieren sólo á las disposiciones por actos entre vivos: enajenaciones de

bienes muebles ó de bienes inmuebles, y en éstas, anteriores ó posteriores á la celebración de las segundas nupcias.

Aunque el Código habla sólo de bienes y no de derechos, al hacerlo así, se conforma con la doctrina de los arts. 333 y 334, según los cuales, todas las cosas que pueden ser apropiadas, han de considerarse muebles ó inmuebles, comprendiéndose en el primer grupo las semovientes, y en ambos los derechos reales sobre bienes de cada clase.

En la palabra *enajenaciones* debe comprenderse á su vez todo acto de disposición, por título oneroso ó lucrativo, ya del dominio de los bienes, ya de algún derecho sobre ellos.

a) Enajenaciones por actos entre vivos.—*De bienes muebles.*—Con arreglo al art. 976, estas enajenaciones siempre son válidas y eficaces, se verifiquen antes ó después del segundo matrimonio. Hemos dado antes la razón del precepto, que obedece principalmente á la naturaleza de dichos bienes.

En todo caso, el viudo, si sus hijos ó descendientes de primer matrimonio le sobreviven, contrae la obligación al enajenar, de indemnizar su precio, si la enajenación se efectuó por título oneroso, ó el valor que tenían al tiempo de enajenarlos, si la disposición fué por título gratuito. Esta obligación debe asegurarse con hipoteca, con arreglo al art. 978.

De bienes inmuebles. — El art. 808 del proyecto de Código de 1851, decía: «La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos á reserva hubiere hecho el viudo ó viuda, *antes ó después* de contraer segundo matrimonio, subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero.»

Con menos rigor los arts. 974 y 975 distinguen según que la enajenación se efectuase antes ó después de las segundas bodas.

En el primer caso, las enajenaciones son válidas, con la obligación en el binubo de asegurar á los hijos ó descendientes del primer matrimonio el valor de las fincas ó derechos reservables que enajenó. Los bienes pasan á los adquirentes sin carga ni li-

mitación alguna por razón de la reserva. Se comprende que así sea, porque en la época en que la enajenación se realiza no existe aun para los hijos el peligro de unas segundas nupcias, ni los terceros pueden prever si este hecho se realizó ó no.

El precepto del art. 974 no ofrece, por tanto, dificultad. Se completa con cuanto hemos expuesto en general anteriormente, y con la doctrina de los arts. 977 y 978, que expresan la forma en que el cónyuge viudo ha de asegurar á sus hijos ó descendientes el valor de los bienes que antes de contraer las segundas nupcias enajenó.

La enajenación de los bienes inmuebles sujetos á reserva que verifique el cónyuge sobreviviente después de contraer segundo matrimonio, subsisten únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero.

Las segundas nupcias se han contraído ya; la reserva existe; en el Registro de la propiedad debe constar la cualidad reservable de los inmuebles. El cónyuge binubo enajena, pues, lo que le corresponde, lo cual puede indudablemente hacer, ya en virtud del principio general de que cada cual tiene facultad de disponer de lo que es suyo, ya con arreglo al art. 109 de la ley Hipotecaria, que dice: «El poseedor de bienes sujetos á condición resolutoria pendiente. podrá hipotecarlos ó enajenarlos, siempre que quede á salvo el derecho de los interesados en esas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho.»

¿Cuál es el valor de esas enajenaciones? El art. 975 lo dice claramente: subsisten ó no subsisten según que á la muerte del binubo queden ó no hijos ó descendientes del primer matrimonio. No es esto más que una confirmación de los arts. 968 y 971: el viudo ha de reservar para esos descendientes la propiedad de los bienes reservables; cesa la reserva si á la muerte de la persona obligada á reservar no quedan descendientes del primer matrimonio.

La enajenación, por consiguiente, es válida cuando se respeta el derecho de los hijos á la reserva; los efectos de la enaje-

nación son condicionales, puesto que se resolverá ó no, seguirá existiendo ó dejará de existir según los casos.

Lo que decimos de la transmisión de dominio es aplicable á la constitución, modificación ó extinción de derechos reales. Con relación á la hipoteca, dice el citado art. 109: «Si la condición resolutoria pendiente afectare *á la totalidad de la cosa* hipotecada, no se podrá ésta enajenar para hacer efectivo el crédito, sino cuando dicha condición deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos á que éste tenga derecho se aplicarán desde luego al pago del crédito. Cuando la condición resolutoria afecte únicamente *á una parte de la cosa* hipotecada, deberá ésta enajenarse judicialmente con la misma condición resolutoria á que esté sujeto el dominio del deudor, y aplicándose al pago, además de los frutos á que éste tenga derecho, el precio de la venta. Si antes que ésta se consume adquiere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenación para el pago.»

El viudo ó viuda, aunque contraiga segundas nupcias, conserva hasta su muerte el usufructo enteramente libre de los bienes reservables; por esto también, hasta que ocurra su fallecimiento, los terceros adquirentes usufructúan esos bienes. En cuanto á la nuda propiedad, corresponde al viudo ó viuda, y en su caso al tercero, condicionalmente; esto es, si no sobreviven hijos ó descendientes del primer matrimonio; por eso puede enajenar ó gravar los bienes reservables; pero pendiente, hasta que se resuelva ó no, la misma condición.

Las consecuencias de estos principios, los derechos que puedan tener los hijos ó los terceros adquirentes á la terminación de la reserva, serán examinados en su lugar.

Sólo añadiremos ahora una última observación: supone el artículo 975 que, al contraerse el segundo matrimonio, existen bienes reservables. Si se adquieren después, rige el precepto desde la adquisición.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1910

establece la doctrina general de aplicación al artículo. Declarado por sentencia firme que un inmueble perdió el carácter de reservable por haberse adjudicado cinco séptimas partes del mismo al viudo de la causante para pago de deudas no puede volverse sobre la misma cuestión de nulidad de la inscripción en el Registro del expediente posesorio que constituye el título originario de las sucesivas transmisiones del inmueble.

Por consiguiente, añade el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia, condicionado el derecho de reserva y las acciones del mismo, derivadas por el de los terceros adquirentes de esta clase de bienes, según lo dispone el art. 975 del Código civil, en relación con los 23, 34 y 36 de la ley hipotecaria, y adquiridos los bienes por título oneroso é inscrito en el Registro, en el que nada constaba respecto á las causas que pudieran invalidar la inscripción de su causante, no cabe estimar las infracciones de leyes y doctrinas relativas al derecho para obligar á la reserva establecida en los arts. 968 y siguientes del Código civil.

b) Disposiciones por causa de muerte.—Como estas disposiciones han de producir sus efectos á la muerte del cónyuge binubo, sólo pueden ser eficaces si no sobreviven hijos ó descendientes del primer matrimonio, pues si sobreviven, los bienes pertenecen á esos hijos ó descendientes por disposición de la ley, y toda disposición del cónyuge en contrario es ineficaz.

Pero el derecho corresponde, como hemos repetido, á la entidad hijos ó descendientes, á todos en general: á la clase, no á los individuos, y por eso, á pesar de la obligación de reservar, permite el art. 972 al padre ó á la madre, segunda vez casados, *mejorar* en los bienes reservables á cualquiera de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, conforme á lo dispuesto en el artículo 823; así como del último párrafo del 973 se deduce su facultad de desheredar también en cuanto á los bienes reservables.

Dudábase en nuestro antiguo derecho si podría ejercitarse con relacion á dichos bienes la facultad de mejorar, y era opinión muy admitida la de negar ese derecho.

El proyecto de 1851, art. 805 consentía desde luego la mejora.

Del precepto del art. 972 nace una duda. La mejora á un hijo ó á un nieto, ¿puede consistir en todos los bienes reservables, ó ha de limitarse á la tercera parte, *conforme á lo dispuesto en el art. 823?* La cita de este artículo parece indicar una limitación, una regla ó norma á la que hay que sujetarse, porque en él se concede á los ascendientes la facultad de mejorar, pero sin que pueda exceder la mejora de una de las dos terceras partes destinadas á legítima de los descendientes.

Ahora bien: si los bienes reservables han de considerarse todos como una especie de legítima de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, en ellos no hay parte libre, y por tanto, la mejora, amoldándose en lo posible al art. 823, no sería nunca de un tercio, sino que siempre alcanzaría, al menos, á la mitad. ¿Deberá hacerse un cuerpo con los bienes reservables y los demás pertenecientes al cónyuge binubo, y dentro de él determinar el límite de la mejora con arreglo al art. 823?

Aumenta la duda del precepto del art. 973, el cual parece contradecir la consecuencia que se desprende de la cita del 823 en el 972. Cuando el padre ó la madre no han usado *en todo* ó *en parte* de la facultad de mejorar, los hijos y descendientes del primer matrimonio suceden en los bienes reservables conforme á las reglas prescritas para la sucesión intestada en línea descendente. No usar en todo, es sencillamente no usar de la facultad concedida por la ley. No usar en parte, es mejorar sólo en cuanto á una parte de los bienes reservables, disponer sólo para mejoras de una porción menor de la total que se destina á ese fin. En cualquiera de los dos casos, quedan, ya todos los bienes, ya una parte de ellos, sin asignación expresa á favor de descendientes determinados, y entonces esos bienes se reparten con igualdad entre todos los hijos, representando á cada uno de los hijos muertos ó desheredados el grupo de sus descendientes, conforme á las reglas establecidas en los arts 930 al 934.

Estas reglas se aplican, pues, cuando no se usa en todo ó en parte de la facultad de mejorar. Mas puesto que no se determina

que pueda quedar resto alguno divisible al usar el cónyuge por completo de la facultad, lógico es deducir que en tal caso no existe resto, ó lo que es lo mismo, que la facultad de mejorar se extiende al total de los bienes reservables, que todos ellos pueden asignarse á un solo hijo ó descendiente.

Si esto es así, los bienes reservables se parecen más al tercio de mejora que al tercio de legítima. Pertenecen, no á todos y á cada uno de los descendientes, sino, en abstracto, á la entidad hijos y descendientes. No exige la ley que esos bienes, mediante el cumplimiento de la condición, sean disfrutados por todos y cada uno de los hijos que sobrevivan al cónyuge binubo: le basta con que queden en un descendiente cualquiera de la primera unión. Y esto es conforme al fin de las reservas, ó á uno de los más importantes fines de las mismas, pues lo que no consiente la ley es que los bienes procedentes de una familia pasen á otra distinta.

Hay que partir del supuesto de que los bienes reservables y los bienes hereditarios del cónyuge binubo, forman dos grupos perfectamente separados por la ley. Los segundos son de todos sus hijos de cualquier matrimonio, y en ellos hay porción libre, tercio de mejora y tercio de legítima estricta. Los primeros pertenecen exclusivamente á los descendientes del primer matrimonio, porque al contraer el viudo segundas nupcias hubo de reservar para ellos la nuda propiedad, y el usufructo es evidente que con la nuda propiedad se refunde á la muerte del usufructuario. Estos bienes no pertenecen al binubo, no pueden, pues, formar parte de su herencia, y en ellos no hay porción libre: todo es, digámoslo así, legítima, todo pertenece á los descendientes del primer matrimonio. Bajo tal supuesto, es una excepción la facultad de mejorar en los bienes reservables concedida al viudo, porque la mejora produce sus efectos á la muerte del mejorante, para cuya época ese mejorante no es lógico que pueda disponer de bienes que no le pertenecen; pero como la mejora ha de recaer en hijos ó descendientes del primer matrimonio, ó sea en la entidad propietaria, la excepción no contradice

el fin de la reserva, tiene una explicación natural, y unida la facultad de mejorar á la de desheredar, robustece la autoridad del padre ó de la madre, autorizándole para conceder premio ó imponer castigo, según lo merezcan los descendientes.

Formando los bienes reservables y los bienes de la herencia del cónyuge binubo dos grupos independientes, no admitimos en modo alguno que deban amalgamarse para calcular sobre el total la porción que con arreglo al art. 823 puede destinarse á mejoras. Si la cita de este artículo envuelve limitación ó regla, ha de ser con relación solamente á los bienes reservables, dentro del total de los mismos, y como en ellos no hay parte libre, la mejora nunca tendría por límite un tercio, sino en todo caso y considerando todo como legítima una mitad.

Mas del art. 973 se deduce que no fué esa tampoco la intención del legislador, por lo que debemos concluir que la cita en el 972 del 823 no tiene el alcance que aparenta tener, y sólo alude en abstracto, no en cuanto á extensión ni límites, á la facultad de mejorar que en dicho art. 823 se contiene. Así lo han entendido, aunque sin fijarse en dicha cita, los tratadistas que hemos tenido ocasión de examinar.

Y, sin embargo, la solución contraria nos parecía más justa, porque facultando al padre ó madre para adjudicar á uno solo de sus hijos del primer matrimonio todos los bienes reservables, si éstos constituían todo ó casi todo su caudal, resultará que una institución creada para favorecer á los descendientes de la primera unión, servirá precisamente para desposeer á la mayor parte de ellos, en interés de uno solo, de bienes que, sin la reserva, les hubieran, en parte al menos, correspondido en la herencia del cónyuge binubo.

La mejora podrá constituirse por contrato ó en testamento, guardándose en lo posible los preceptos de los arts. 823 al 833 del Código.

2.° *Enajenación de bienes reservables en caso de reconocimiento ó declaración judicial de un hijo natural.*—Indudablemente en este caso la situación es la misma que en caso de segundo matrimo-

nio, é idénticos son los derechos y obligaciones del cónyuge viudo y el derecho condicional de los hijos ó descendientes del primer matrimonio. Por esto, aunque los arts. 972 al 976 sólo hablan del padre ó madre segunda vez casados y de actos realizados antes ó después de las segundas nupcias, han de estimarse aplicables también en caso de reconocimiento de un hijo natural ó declaración judicial de ser tal hijo.

La aplicación de los arts. 972 y 973 no ofrece dificultad. El viudo ó viuda pueden mejorar en los bienes reservables á cualquiera de sus hijos ó descendientes del primer matrimonio.

Está también facultado desde luego para enajenar los bienes muebles ó inmuebles por actos entre vivos, siendo válidas y eficaces las enajenaciones de los muebles hechas en cualquier tiempo, antes ó después del reconocimiento ó del nacimiento, aunque con la obligación de indemnizar á los hijos su precio ó valor, y asegurar esa obligación con hipoteca.

La duda puede presentarse al aplicar los arts. 974 y 975, con relación á las enajenaciones de bienes inmuebles, y aun en parte con relación al art. 976. ¿Cuál es el momento á partir del cual las enajenaciones de inmuebles sólo subsisten si no quedan hijos ó descendientes del primer matrimonio? ¿Desde cuándo surge la obligación de indemnizar por el valor ó precio de los bienes muebles ó inmuebles enajenados? ¿Hay que retroceder á la fecha de la muerte del cónyuge que premurió, ó á la fecha del nacimiento del hijo natural?

Claro es que tratándose de los bienes inmuebles y de la primera cuestión, si el reconocimiento se hace al nacer el hijo, se confunden los dos tiempos. Pero si, como puede ocurrir, el reconocimiento ó la declaración judicial es posterior, la duda es muy fundada. En este caso, las enajenaciones hechas por el viudo en ese tiempo intermedio, ¿son ó no subsistentes?

El último párrafo del art. 980 dice: «La obligación de reservar *surtirá efecto* desde el día del nacimiento». Sin esta adición seguiríamos las reglas generales; el reconocimiento ó declaración judicial del hijo natural, como equivalente al segundo ma-

trimonio, marcaría la línea divisoria entre las enajenaciones de inmuebles eficaces en absoluto, y las de eficacia condicional, retrotrayéndose la obligación de indemnizar por muebles ó inmuebles enajenados válidamente al día de la viudez. Pero con tal solución el día del nacimiento no ejercería en la reserva influencia alguna y se prescindiría por tanto en absoluto del último apartado del art. 980, que para algo debe haberse escrito.

Queriendo respetar ese último apartado, se han marcado dos tendencias bien distintas, y tanto la una como la otra ofrecen algunos inconvenientes.

Para unos, la fecha del nacimiento del hijo natural es la que en realidad equivale á las segundas nupcias, y á partir de ella, las enajenaciones de bienes inmuebles van afectas á la condición de subsistir ó no subsistir, según que á la muerte del viudo queden ó no hijos del primer matrimonio. La obligación de indemnizar por los bienes muebles alcanza á los enajenados en cualquier tiempo, desde la fecha de la viudez hasta el día de la muerte del viudo, y la misma retroacción sufre la obligación de indemnizar en cuanto á los inmuebles enajenados antes del nacimiento del hijo natural.

Para otros, la fecha del reconocimiento es la que equivale á la del segundo matrimonio y la que marca la línea divisoria en las enajenaciones de bienes inmuebles. Entonces es cuando nace la reserva, y nace retrotrayéndose al día del nacimiento, á partir del cual contrae el viudo la obligación de indemnizar á sus hijos ó descendientes por el valor ó precio de las enajenaciones que hiciere hasta su muerte por los bienes muebles, ó hasta el día del reconocimiento por los bienes inmuebles. Se funda esta solución: 1.°, en las razones que hemos tenido presentes para sostener que las obligaciones impuestas al viudo en los arts. 977 y 978 no son exigibles hasta el día del reconocimiento ó declaración judicial de hijo natural; 2.°, en que sería contrario á todo principio de justicia desposeer á los adquirentes de bienes inmuebles por hechos que nadie pudo conocer, por el ignorado nacimiento de un hijo natural y un futuro reconocimiento que

nadie podía prever, y 3.º, en las palabras *surtirá efecto* del artículo 980, pues así como la obligación de reservar en caso de segundas nupcias se retrotrae hasta el fallecimiento del cónyuge premuerto, ó *surte efecto* desde esa fecha anterior mediante la responsabilidad de indemnizar y asegurar, del mismo modo la obligación de reservar en caso de reconocimiento de un hijo natural se retrotrae hasta el día del nacimiento de ese hijo, ó *surte efecto* sólo desde esa fecha anterior.

La primera solución da al día del nacimiento una importancia excepcional, aun cuando, como es natural, sólo mediante el reconocimiento ó declaración judicial exista la reserva. En una ley como el Código civil, que ha tratado de limitar los inconvenientes de las reservas, no se concibe que esos inconvenientes se aumenten sin necesidad, amenazando de resolución las enajenaciones de bienes inmuebles realizadas antes del reconocimiento. Que el nacimiento no equivale á las segundas nupcias, nos parece indudable, porque al haber segundo matrimonio ya hay reserva, mientras que no la hay por el solo hecho de nacer un hijo natural Luego si en verdad lo que produce la reserva es el reconocimiento, el reconocimiento es lo que en verdad también equivale á las segundas nupcias, y como hasta ese momento no es posible exigir al cónyuge viudo el cumplimiento de las obligaciones que le imponen los arts. 977 y 978, y la verdadera garantía para los hijos respecto á los inmuebles enajenados después de existir la reserva es la nota marginal del Registro, indicadora de su cualidad, ya que el importe de tales enajenaciones no se asegura con hipoteca, resultan completamente abandonados con esta solución los intereses de los hijos de la primera unión. Síguese de aquí que el momento en que se cumplen los arts. 977 y 978, momento que no puede ser otro que el del reconocimiento, porque antes no hay reserva, es el que ha de marcar la línea divisoria con relación á las enajenaciones de inmuebles; el valor de las enajenaciones efectuadas con anterioridad á ese momento, se asegura con hipoteca; el derecho de los hijos sobre los inmuebles aun no enajenados en el mismo instante, se

asegura con la nota en el Registro. Esto es lógico é indudable, y siendo así, las palabras *surtirá efecto* del art. 980 no pueden dar al nacimiento, como dicha solución pretende, el carácter de equivalencia á las segundas nupcias, ni producir por tanto las consecuencias que de tal afirmación se derivan.

La segunda solución deja al viudo un período de libertad completa hasta el nacimiento del hijo natural, que evidentemente limita los inconvenientes de la obligación de reservar, pero deja en el desamparo los derechos de los descendientes del primer matrimonio, porque si el viudo, esperando ya el nacimiento del hijo, se apresura á enajenar los bienes reservables, elude en absoluto ó en gran parte la reserva. Aparte de esto, en los bienes reservables los descendientes del primer matrimonio vienen á suceder á la persona de quien tales bienes proceden, habiendo sido en definitiva el viudo un simple usufructuario, por lo que no se explica que esa sucesión arranque no desde el día del fallecimiento de aquella persona, sino desde el día del nacimiento del hijo, hecho que tiene que ser posterior.

Pero como si la fecha del nacimiento ha de ejercer alguna influencia en la vida de la reserva, necesario es aceptar una ú otra de las dos interpretaciones ó soluciones examinadas, optamos desde luego por la segunda, cuyos fundamentos nos parecen más sólidos y que se amolda mejor á la interpretación restrictiva que exige la materia.

En la práctica pueden presentarse, como hemos dicho, casos raros en relación á los hijos naturales. El reconocimiento puede preceder al nacimiento, y puede no existir hasta el día de la muerte del viudo. Estos casos excepcionales admiten la aplicación de ambas interpretaciones; pero aunque así no fuese, no probarían nada por su mismo carácter excepcional.

Supone el art. 980 que en la fecha del nacimiento del hijo existen bienes reservables. Si no los hay en ese momento y se adquieren después, evidente es que la obligación de reservar surtirá efecto desde el día de la adquisición.

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES AL EXTINGUIRSE LA RESERVA.

No cumpliéndose la condición por no sobrevivir hijos ó descendientes del primer matrimonio con derecho á reserva, el cónyuge viudo resulta ser dueño absoluto de los bienes reservables, manteniéndose eficaces cuantas enajenaciones hubiere hecho en cualquier tiempo sin obligación alguna de indemnizar, y siendo válida hasta la disposición que de los mismos bienes hiciere para después de su muerte.

Por el contrario, si los hijos ó descendientes del primer matrimonio sobreviven al cónyuge viudo, éste resulta haber sido un simple usufructuario de los bienes reservables ó de su equivalente, y llega el caso de dar cumplimiento al objeto de la reserva, entregándose á aquéllos dichos bienes ó su valor.

a) Los bienes muebles ó inmuebles reservables que existiesen en poder del cónyuge viudo á su fallecimiento, se separan desde luego de su herencia, y pasan, en el estado en que se encuentren, al dominio de los hijos ó descendientes del primer matrimonio, mediante la reserva legal de la nuda propiedad y el fallecimiento del usufructuario.

b) A los bienes enajenados en cualquier tiempo, á partir del en que surte efecto la reserva y á los bienes inmuebles enajenados antes de las segundas nupcias ó del reconocimiento ó declaración judicial de un hijo natural, sustituye su equivalente, el precio ó el valor, y el importe de este valor ó precio se saca ó separa también del caudal hereditario del cónyuge viudo, como perteneciente á los hijos del primer matrimonio. Es claro que si éstos son herederos ó aceptan la herencia de ese cónyuge, sufrirán proporcionalmente á su haber las consecuencias de esa deducción ó baja en el caudal hereditario.

c) Los deterioros que hayan experimentado los bienes inmuebles en poder del viudo por su culpa ó negligencia, deben ser también apreciados al efecto de su reintegro ó indemnización á los hijos ó descendientes, con arreglo al art. 978, num. 2.º, constituyendo el importe de esos deterioros ó pérdida culpable en su caso, una nueva deducción ó baja en el caudal del cónyuge viudo.

Nada dice la ley con relación á las mejoras; pero no era necesario, porque el criterio del Códige resulta evidente, ora atendiendo á ese mismo art. 978 y á la naturaleza de la reserva, ora acudiendo á los artículos 487 y 488 con relación al usufructo, ó á los artículos 1122 y 1123 con relación á las condiciones resolutorias. El cónyuge viudo ha podido hacer mejoras sin que por ello sus herederos tengan derecho á indemnización; sólo pueden retirarlas, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes, ó compensar los desperfectos de éstos con las mejoras que en ellos se hubieren realizado. (Artículos 487 y 488, y regla 6.ª del 1122).

Las mejoras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, corresponden desde luego á los descendientes del primer matrimonio. Dichos descendientes sufrirán en cambio las pérdidas ó deterioros que no hayan sobrevenido por culpa ó negligencia del cónyuge obligado á reservar.

Respecto á frutos, hay que atender á las relaciones entre el usufructo y la nuda propiedad.

d) Para hacer efectivos todos estos derechos, los hijos ó descendientes, caso necesario, pueden perseguir la hipoteca que, en su caso, y para su seguridad, debió haberse constituído. También pueden ya en esta época ceder, con arreglo al art. 155 de la ley Hipotecaria, los créditos ó derechos á su favor asegurados con la hipoteca.

Una vez reintegrados de todos los expresados derechos los hijos ó descendientes del primer matrimonio, la hipoteca debe cancelarse, prestando al efecto su conformidad en legal forma los favorecidos,

e) El viudo ó viuda pueden haber enajenado también bienes inmuebles reservables con posterioridad á las segundas bodas ó al reconocimiento de un hijo natural. El valor ó precio de estas enajenaciones no está asegurado con la hipoteca á que se refiere el art. 978. La ley no lo ha juzgado necesario, porque á la hipoteca sustituye la nota expresiva de tratarse de bienes reservables, que ha de constar en el Registro de la propiedad. En

virtud de esa nota, los terceros á cuyo favor se ceda ó grave el inmueble, saben que el derecho que adquieren está subordinado á la condición de sobrevivir ó no al cónyuge viudo hijos ó descendientes del primer matrimonio. Si sobreviven, la condición se cumple y el derecho de los terceros se extingue.

Los adquirentes de bienes inmuebles reservables deben restituirlos. Si la cosa se perdió sin su culpa, no tienen que devolverla, y si se perdió por culpa suya, quedan obligados á la indemnización de daños y perjuicios. Respecto á los deterioros que las fincas hayan experimentado, se hace en el art. 1123 la misma distinción, respondiendo ó no de ellos, según que medie ó no culpa, el que debe restituir; y en cuanto á las mejoras, si provienen de la naturaleza ó del tiempo, ceden en beneficio de los hijos ó descendientes; y si han sido hechas á expensas del deudor, tiene derecho á retirarlas si es posible hacerlo sin detrimento de los bienes; pero no puede nunca reclamar indemnización.

Los hijos ó descendientes deben restituir á su vez á los terceros el precio ó equivalente que, en su caso (transmisiones á título oneroso), pudo mediar. Este equivalente debe restituirse del caudal hereditario del cónyuge viudo, puesto que él fué quien lo recibió al enajenar.

Si no hay conformidad, los hijos ó descendientes, si no prefieren ser indemnizados con fondos de la herencia, entablarán la acción resolutoria correspondiente, encaminada á resolver, á desligar, á dejar sin efecto la transmisión ó constitución condicional de derechos verificada. El término para entablar esta acción debe ser de cuatro años.

f) Hemos supuesto hasta ahora que al transmitirse los bienes consta siempre la condición resolutoria que afecta al derecho sobre ellos. Mas no siempre ocurre así: las situaciones son muy variables, y la solución no puede ser idéntica siempre. El artículo 975 sienta el precepto y termina con estas palabras: «sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria», esto es, según que conste ó no en el Registro la calidad reservable de los bienes, y que el adquirente inscriba ó no su derecho.

No es referencia á los arts. 33 y 34 de la ley Hipotecaria exclusivamente, porque las enajenaciones son válidas, por regla general, aunque afectas á condición, y no nulas, sino á todos los que puedan relacionarse con esta materia, y más especialmente á los arts. 23, 36 y 37, y aun á los 33 y 34 en algunos casos.

Si se ha hecho constar en el Registro por medio de nota marginal en las fincas ya inscritas, ó al inscribir en las demás, que los bienes tienen la cualidad de reservables, cumplida la condición de que depende la reserva, no subsisten las enajenaciones de inmuebles hechas á un tercero por el viudo, y pueden, por tanto, rescindirse, haya ó no inscrito ese tercero su derecho. y aun cuando á su vez lo haya transmitido á otro, porque la acción resolutoria deberá su origen á una causa que consta explícitamente en el Registro (art. 37, núm. 1.º, de la ley Hipotecaria).

Si no se ha hecho constar en el Registro esa cualidad de los bienes, el tercero puede haber inscrito su derecho ó no. Si lo ha inscrito, pero en el acto ó contrato por el Notario ó por las partes se ha expresado la cualidad reservable de lo que se enajena, en la inscripción constará también la causa de la posible resolución, y, por tanto, también procederá la acción contra el primer adquirente ú otro adquirente posterior, con arreglo al citado artículo 37.

Si no consta de ningún modo la cualidad expresada, el que adquiere y cuantos de él deriven su derecho, inscriben puramente y su título perjudica á tercero, según el art. 23, por lo que la enajenación subsiste, y no puede entablarse por los hijos ó descendientes la acción resolutoria, según terminantemente preceptúa el art. 36. A este caso parecen referirse, principalmente, las palabras «sin perjuicio de la ley Hipotecaria», porque es la verdadera excepción de la regla general. En efecto, cuando no consta ni por nota, ni por la inscripción de enajenación, que los bienes enajenados son reservables, el tercero que inscriba, inscribe bien y perjudica á los hijos; y esto, aunque el acto inscrito se considere nulo por mediar engaño al ocultar la verdadera naturaleza de los bienes ó por transmitir el dominio abso-

luto el que no es dueño, siempre que la adquisición hubiese sido motivada por un título oneroso; pues si bien la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo á derecho, ese tercero adquirirá de quien según el Registro tenía derecho á ello, y su título no puede invalidarse, según el art. 34 de la ley Hipotecaria, aunque después se anulase ó resolviese el derecho del enajenante por causas que no resultaban claramente del mismo Registro. Si la transmisión fué á título lucrativo, los hijos ó descendientes sólo podrían reclamar, como después veremos, en el caso de no aceptar la herencia del cónyuge viudo, pues aceptándola han de respetar los actos de su causante.

g) Por último, si el tercero no inscribe tampoco y no consta en el Registro la cualidad reservable de los bienes, rige para las relaciones entre las partes el derecho civil. Si la enajenación se efectuó con condición resolutoria, podrán los hijos entablar contra el primer adquirente la acción resolutoria. Si se efectuó puramente, es necesario distinguir y tener muy en cuenta la doctrina sentada en la sentencia de 4 de Julio de 1896.

Se trataba de bienes reservables enajenados sin condición por el cónyuge binubo, y sus hijos del primer matrimonio, después de aceptar la herencia de ese cónyuge, reclamaban la nulidad de tales enajenaciones. El Tribunal Supremo establece la siguiente doctrina:

«Considerando que el precepto de la ley 24, tít. 13 de la Partida 5.ª, según el que pueden los hijos demandar sus bienes propios á aquellos á quienes los hubiese el padre enajenado, si los de éste no fuesen suficientes para indemnizarles, cuando no fuesen herederos del mismo, pues si lo fuesen carecerían de acción para hacer dicha reclamación, porque en tal caso están obligados á guardar todos los pleitos derechos que el padre hubiese hecho y á no ir contra ellos, se funda evidentemente en el principio consignado en las mismas leyes, de que quien hereda sucede en todos los bienes del difunto, y así en sus derechos como en sus obligaciones; porque sería contradictorio que quien como heredero tiene el deber de salir á la defensa del que contrató

con su causante, cuando un tercero le pertuba en la posición del derecho adquirido, fuese quien le perturbase, no siendo por el ejercicio de una acción que el difunto hubiere podido ejercitar en vida.

»Considerando que aun cuando dicha ley se refiere únicamente al peculio adventicio del hijo, su fundamento y razón es perfectamente aplicable al caso de enajenación hecha por el padre de bienes reservables de los hijos, en los que, como aquéllos, sólo tiene el padre mero usufructo, y respecto de los que, al morir éste, no tienen sus hijos una personalidad distinta, sino que se confunde con la de aquél al heredarle, por lo que se infringe la doctrina derivada de dicha ley, cuando se reconoce á hijos que heredaron á su padre acción para deshacer lo hecho por éste, pretendiendo conciliarla con una obligación, la de sanear, excluyente por su naturaleza de aquélla, puesto que el saneamiento no es más que una manera de indemnizar á quien no se ha podido defender en el juicio, que es la primera obligación del vendedor siempre que un tercero le reclama la cosa vendida.»

Esta doctrina es justa y racional, mas sólo puede ser aplicable en casos análogos al que la motivó Cuando la enajenación se realice en legal forma, con la condición que debe afectarla, y que resulte del Registro ó de los mismos documentos, la aceptación, aun pura, de la herencia, no estorba el ejercicio de la acción resolutoria, que pide precisamente el cumplimiento de lo estipulado por el causante; como no estorba el derecho de reclamar á los demás herederos las indemnizaciones que procedan legalmente, aun cuando, como es natural, contribuyan á su pago como herederos los mismos hijos ó descendientes del primer matrimonio.

Tampoco puede ser aplicable la sentencia citada en el caso de aceptarse la herencia á beneficio de inventario, pues con arreglo á la doctrina del art. 1023, no se confunden en tal caso la personalidad del causante con la de los herederos, y éstos conservan todos sus derechos contra la herencia.

Si, pues, el cónyuge viudo enajenó puramente los bienes re-

servables, sus hijos ó descendientes del primer matrimonio, en tanto pueden reclamarlos de los adquirentes, en cuanto renuncien la herencia del cónyuge, ó la acepten sólo á beneficio de inventario. En tales circunstancias, el contrato celebrado por el causante ha de estimarse válido, por reunir las condiciones necesarias, según el art 1261, para su validez, y por tanto, los hijos ó descendientes deben entablar acción rescisoria, que en tanto será eficaz, con arreglo al art. 1294 del Código, en cuanto el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, y que, en virtud del art. 1295, no podrá ejercitarse cuando los bienes hayan pasado del primer adquirente á otro que los posea de buena fe. Deberán, pues, primero procurar obtener la indemnización del precio ó valor de los bienes enajenados, con el caudal hereditario del cónyuge viudo, y sólo cuando esto no fuere posible, ejercitarán la acción contra el primer adquirente, si los bienes siguen en su poder, para conseguir la devolución.

Pero, aunque el contrato en sí mismo se considere válido, la enajenación hecha puramente por el viudo puede estimarse nula, porque nadie puede transmitir más derechos de los que le pertenecen, y así se reconoce en el art. 975, al decir que dichas enajenaciones deben dejar de existir al quedar hijos ó descendientes del primer matrimonio. Si la acción de nulidad del contrato no procede, por no ser nulo, y además por los términos del art. 1302, parece que esos hijos ó descendientes, como verdaderos dueños que llegan á ser de los bienes enajenados, podrán entablar contra todo tercero la acción reivindicatoria. Dudosa es la cuestión, más nos inclinamos á la negativa. El artículo 975 no declara nula la enajenación; faculta, por el contrario, al viudo para hacerla, aunque revistiendo el acto de una eficacia condicional; la transmisión se hace en una época en que los descendientes del primer matrimonio no son aun dueños. Cuando lleguen á serlo, podrán resolver ó rescindir la enajenación; mas si no constaba su carácter condicional, su derecho sólo puede ejercitarse contra los primeros adquirentes ó contra

poseedores de mala fe. Adquirentes de buena fe posteriores, no deben ser despojados. El carácter odioso de la reserva, la interpretación restrictiva que la materia merece, aconsejan esta solución.

h) Reunidos ya todos los bienes que tienen el carácter de reservables, ó por sí mismos, ó representados por su equivalente, se aplican los artículos 972 y 973, de que nos hemos ocupado con anterioridad, al efecto de suceder en ellos las personas beneficiadas con la reserva.

III.—Extinción de la reserva.

Hay que prescindir de aquellos casos en que la reserva no llega á nacer, porque propiamente no puede morir lo que no ha nacido. No nace la obligación de reservar:

1.° Cuando no existen bienes con el carácter de reservables.

2.° Cuando al fallecimiento del cónyuge premuerto no quedan descendientes legítimos de su unión con el viudo.

3.° Cuando al disolverse la primera unión quedan un solo hijo ó varios desheredados ó indignos, y sin descendientes que les representen.

4.° Cuando se trate de cosas dadas ó dejadas por los hijos á sus padres, sabiendo que estaban segunda vez casados.

Cesa la reserva, ó se extingue cuando ha llegado á nacer, por diversas causas, en un todo análogas á las que examinamos al comentar el art. 811. Estas causas son las siguientes:

1.ª *Muerte del cónyuge viudo.*—La reserva acompaña al viudo durante su vida. Suponiéndola existente y sin mediar ninguna otra causa de extinción, muerto el cónyuge obligado, cesa toda obligación de reservar, falta el sujeto pasivo de la reserva y llega el momento de cumplirse el objeto y fin para que se estableció.

2.ª *Muerte de los hijos ó descendientes del primer matrimonio.*—Para que produzca el efecto de extinguir la reserva, es necesario que los hijos ó descendientes fallezcan antes que el viudo

obligado á reservar. En este caso no hay personas que puedan alegar derecho á los bienes que se reservaron, falta el sujeto activo de la obligación (art. 971).

A la muerte se equiparan la desheredación y la indignidad. La ley supone que el hijo desheredado ó indigno no existe. Por esto si no hay descendientes que representen á ese hijo, ó si todos son incapaces de heredar, la reserva se extingue Nos referimos á la desheredación ó indignidad con relación al cónyuge sobreviviente. Véase lo expuesto anteriormente sobre este particular, al tratar de las personas en cuyo favor se establece la reserva.

3.ª *Pérdida de los bienes reservables.*—Hay que reproducir ó dar aquí por reproducido lo que dijimos en el comentario del artículo 811, en relación á la pérdida de los bienes ó del derecho sobre ellos. En caso de incendio, expropiación, etc., repetimos, á la cosa puede sustituir un equivalente que será reservable.

4.ª *Renuncia.*—«Cesará la obligación de reservar, dice el artículo 970, cuando los hijos de un matrimonio mayores de edad que tengan derecho á los bienes, renuncien expresamente á él.»

Como el derecho se establece en favor de los hijos ó descendientes, hay que reconocer la facultad de renunciar, no sólo en los hijos, como dice el artículo, sino también en los nietos, bisnietos, etc., mayores de edad y con derecho á los bienes.

La ley exige tres requisitos esenciales para que sea válida la renuncia:

a) Que los hijos ó descendientes sean *mayores de edad*, esto es, que sean capaces por sí mismos para desprenderse del derecho ó renunciarlo, pues aunque el artículo sólo exige la mayor edad, no cabe duda de que con esas palabras lo que en realidad requiere, es capacidad de obrar. Cuando falta esta capacidad, la renuncia no es admisible: no basta, por tanto, tratándose de menores ó de locos, que se cumplan determinadas formalidades legales. Pero cuando la capacidad exista, aun cuando por razones especiales se imponga determinada limitación, la renuncia será

admisible; tal sucede en el caso de recaer el derecho en una mujer casada, la cual, siendo mayor, podrá renunciar con licencia de su marido.

b) Que la renuncia sea *expresa.* La ley no quiere que se discuta la intención, derivándola de hechos más ó menos significativos, sino que exige una manifestación clara de la voluntad. Probándose la renuncia hecha expresamente, surte sus efectos aunque no conste en un documento público. Si los hijos intervienen en la enajenación de bienes reservables, cediendo á los adquirentes cuantos derechos les puedan corresponder sobre los mismos, existirá, en cuanto á los bienes enajenados, una renuncia expresa en el caso de ser la enajenación posterior á las segundas nupcias ó al reconocimiento del hijo; pues si fuere anterior, el derecho de los hijos no recae precisamente en los bienes, sino en su equivalencia ó valor, y ni se explica su intervención, ni supone necesariamente la renuncia del derecho á la reserva.

La renuncia de la herencia del cónyuge premuerto no envuelve tampoco, como dijimos en otro lugar, renuncia á los bienes reservables.

c) Que los renunciantes tengan *derecho* á los bienes, esto es, que les corresponda el derecho que renuncian. Esta condición presenta algunas dificultades en su aplicación. Derecho definitivo á los bienes no existe hasta la muerte de la persona obligada á reservar, en cuya época es evidente que se puede renunciar hasta tácitamente dejándolos en poder de otros herederos. Más derecho condicional sobre los bienes existe desde que nace ó existe la reserva, y como el art. 970 no distingue y establece una facultad especial, debe deducirse que consiente la renuncia de ese derecho condicional. De este modo no cabrá la renuncia anterior al segundo matrimonio, ó al reconocimiento ó declaración judicial del hijo natural, porque en esa época la reserva no ha nacido aún, pero sí la renuncia posterior al nacimiento del derecho.

Ahora bien: la renuncia del derecho á los bienes reservables, cuando este derecho no es aún definitivo, ha de hallarse sujeta

á la misma incertidumbre del derecho renunciado, por lo que, aunque provisionalmente eficaz, sólo lo será en definitiva cuando en efecto llegue á corresponder ese derecho al renunciante, esto es, cuando á la muerte del viudo debieran pertenecer los bienes reservables al descendiente que renunció, si no hubiese mediado la renuncia. De aquí se deducen consecuencias importantes.

En primer lugar, cada interesado renuncia el derecho que le pueda corresponder, de modo que si en definitiva ningún derecho le corresponde por premorir al viudo ó ser desheredado, la renuncia carece de efecto.

En segundo lugar, para que la reserva verdaderamente se extinga, es preciso que renuncien todos los que tengan derecho á reserva, pues si renuncia uno solo ó varios, la reserva sigue existente, aunque sólo en favor de los demás, y sigue existiendo en su totalidad; pues lo que podríamos llamar, aunque impropiamente, porción vacante, acrece á los que no renunciaron, ya que el derecho pertenece íntegramente, y no por fracciones, á la entidad, hijos ó descendientes, y mientras quede uno con derecho no renunciado, en él han de recaer los bienes que se reservaron.

En tercer lugar, los descendientes del renunciante, si son ellos los que por sobrevivir al cónyuge viudo ostentan el derecho, pueden prescindir de la renuncia hecha por su padre ó madre, muertos, ó desheredados, ó indignos, y exigir los bienes reservables que ellos no renunciaron, siendo en definitiva los llamados por la ley para suceder. Entiéndase bien, sin embargo, que esta consecuencia tiene su correctivo ó limitación natural en los efectos de la herencia. Para que dichos descendientes puedan prescindir de la renuncia y exigir los bienes reservables, necesario es que no acepten la herencia de su padre ó madre, pues, aceptándola, suceden en todos sus derechos y obligaciones, y como continuadores de su personalidad jurídica, han de respetar todos sus actos y cumplir todos sus compromisos, uno de los cuales consiste en acatar los efectos de la renuncia que de la reserva hizo su causante.

Al ocuparnos de las personas en cuyo favor se establece la reserva, hubimos de examinar otros aspectos y relaciones de la renuncia. Algunas más cuestiones pueden presentarse, pero no queremos extendernos demasiado en la materia de las reservas, á la que hemos dedicado más espacio del que exigía la índole de nuestra obra.

Además de las causas expresadas de extinción de la reserva, existen otras que aparentamente debieran producir el mismo efecto, pero de las cuales prescinde la ley, y no hallándose consignadas en ella, no pueden admitirse. Así sucede en el caso de que el cónyuge premuerto dispensase expresamente al supérstite de la obligación de reservar, y en el de no existir hijos de la segunda unión.

El Código, en el art. 970, excluye de la reserva las cosas dadas ó dejadas por los hijos á sus padres sabiendo que estaban segunda vez casados; pero nada dice cuando fuese el cónyuge premuerto el que dispensase de la reserva, y como ésta no se establece en su favor, sino en el de los hijos y descendientes de su unión con el cónyuge sobreviviente, y como es la ley y no la voluntad la que la impone, forzoso es deducir que la expresada voluntad del difunto, por muy clara que resulte en su testamento no ejerce influencia alguna en la vida de la reserva, ni impide por tanto su nacimiento.

Otro tanto cabe decir del caso en que del segundo posterior matrimonio no queden hijos ó descendientes. Podrá pensarse que la reserva no tiene entonces objeto y debiera extinguirse; pero la ley no lo dice, y como solamente exige el segundo matrimonio sin distinguir si de él quedan ó no descendientes, es claro que no cabe fundarse en hechos que dicha ley no considera, aparentemente al menos, esenciales para la existencia de la reserva, para deducir de ellos su extinción. Poco importa que la persona obligada á reservar haya ó no enviudado de nuevo. En el terreno de los principios, este hecho tiene mucha fuerza: no debe existir perjuicio alguno para los hijos del primer matrimonio, luego no tiene ya razón de ser la re-

serva. Pero en el terreno legal es distinto: todo argumento se estrella en esta consideración: la reserva existe, habiendo descendientes de la primera unión y bienes de la clase de reservables, por el solo hecho de contraer el viudo segundas nupcias, enviude ó no de nuevo, queden ó no hijos de la segunda unión.

Concordancias.—En casi todos los Códigos modernos no aparece la institución de las reservas, tradicional en nuestro derecho por la constante y legítima animadversión á las segundas nupcias.

Por lo que atañe á los Códigos europeos en el Código alemán no existen bienes reservables, ni el menor asomo de analogía con las obligaciones impuestas por la ley al cónyuge viudo que pasa á segundas ó sucesivas nupcias. Francia y Bélgica omiten las reservas en absoluto. Italia, que en materia de sucesiones continuamente se relaciona con nuestro Código, prescinde de los bienes reservables y consiguientes garantías para la efectividad de este derecho, y Portugal carece de disposición que de el carácter de reservables á ninguna clase de bienes.

Salvo preceptos aislados lo mismo acontece con los Códigos hispano-americanos.

El Código civil de la República Argentina en el capítulo VIII, Sección 1.ª, libro 4.º, que trata de la sucesión de los bienes *reservados*, terminantemente dispone que si á la muerte del padre ó de la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos, ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos, éstos no tienen ningún derecho á suceder en los bienes reservados (art. 3590). Es decir, que la reserva se limita á favorecer á los hijos y descendientes legítimos del anterior matrimonio, en modo alguno, á los herederos, respecto de los cuales no hay consideración jurídica alguna que abone el derecho á los bienes.

Bolivia, inspirándose en nuestro antiguo derecho y muy en particular en las leyes de Toro, dispone que el cónyuge viudo que contrae segundas nupcias no está obligado á reservar para sus hijos de las primeras, más que la dote que hubiere sido cons-

tituída por el cónyuge difunto (art. 622). Como ampliación de este principio, añade después el Código Boliviano que también está obligado á reservar la *tercia* parte de lo que hubo de dichos hijos por *sucesión intestada* (art. 623). Los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, inspirándose generalmente en el Código italiano no hace la menor alusión á la materia de bienes sujetos á reserva.

Guatemala, rompiendo absolutamente con el derecho tradicional español en el capítulo VIII titulado de las reservas, del libro 2.°, título 12 de su Código, terminantemente declara que la ley no reconoce bienes reservables (art. 1188). Ese precepto, según los expositores del derecho guatemalteco se inspira en el principio moral de no prohibir las segundas nupcias, así como también, en que no se puede, sin alterar profundamente los principios en que se basa el derecho de propiedad, obligar al padre ó á la madre á desapoderarse de los bienes adquiridos, sin más causa legítima que la de contraer nuevo matrimonio.

Honduras, que literalmente transcribe el articulado del Código español, salvo contadísimas excepciones, omite en absoluto las disposiciones de nuestro derecho regulatorias de los bienes sujetos á reserva.

Siguiendo la enumeración de los principales Códigos hispano-americanos, Méjico, El Salvador, Uruguay y el de los Estados Unidos de Venezuela no consignan tampoco precepto alguno acerca de la reserva.

Por excepción, el Código civil del Perú (título 6.°, Sección 5.ª, libro 2.°), dedica á las reservas preceptos especiales que, aun brevemente sintetizados, estimamos ser de interés su exposición: El padre ó la madre que suceden á un hijo legítimo, teniendo descendencia de otro matrimonio, están obligados á reservar la propiedad de esta herencia para los descendientes que procedan del mismo matrimonio del hijo. En su consecuencia, la propiedad reservada, corresponde á los hermanos carnales del hijo, y á los hijos legítimos de aquellos hermanos. Los demás ascendientes que sucedan en defecto de padres, reserva-

varán la propiedad de la herencia de sus descendientes, cuando éstos dejen parientes colaterales que no sean los únicos herederos forzosos de los primeros ó que no desciendan de ellos, reservándose á favor de los hermanos, sobrinos y tíos del descendiente que ha dejado la herencia.

Cesa la obligación de reservar: 1.º Si el ascendiente es heredero de su descendiente por testamento en que se le *dispensó* expresamente de reservar la propiedad de la herencia. 2.º Si durante el tiempo del usufructo faltan todas las personas para quienes se reservó la propiedad, y 3.º Si aunque haya personas llamadas á la propiedad reservada, son todas incapaces de heredar.

Prescindiendo de las demás disposiciones del Código peruano relativas á los efectos de la consolidación del usufructo con la propiedad, á la limitación de los incapaces para heredar, y á los preceptos especiales acerca de la sucesión de los ilegítimos, en los cuales no se establece la reserva sino por causa y á favor de parientes capaces de heredar abintestato al descendiente que dejó la herencia, con tal que sean además sus hermanos ó sus tíos ó hijos legítimos de aquellos hermanos, dispone, por último, el Código mencionado que no son reservables los bienes que se dejen al ascendiente en clase de legado sobre el tercio que es de libre disposición (arts. 1057 al 1076 del Código civil del Purú.

SECCION TERCERA

DEL DERECHO DE ACRECER

I.—Ideas generales.

Sabemos que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, con arreglo á la voluntad de esa persona ó á la ley, y por tanto, que al sobrevivir el heredero y ser capaz, *transmite* su derecho á la herencia á sus herederos, puesto que ya lo tenía adquirido al morir. Sabemos también la extensión del derecho de representación, la facultad

en el testador para designar sustituto, y el destino que la ley da á los bienes asignados á los herederos legítimos que no pueden ó no quieren suceder. Sabemos, por último, que el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia la herencia, no transmiten derecho alguno á sus herederos.

Pues bien: en los casos en que por no haberse adquirido el derecho á la herencia no procede su transmisión, sin que, por otra parte, haya lugar al derecho de representación, podrán quedar una ó varias porciones de herencia vacantes. ¿Quién sucede en ellas? En primer término, compete al testador marcar el destino de esas porciones, nombrando sustituto ó manifestando de cualquier modo su voluntad. Puede, en efecto, el testador prohibir expresamente el derecho de acrecer, instituir herederos en forma tal que no proceda ese derecho, designar sustituto á cada heredero, ó marcar el destino especial que ha de darse á la porción ó á las porciones que queden vacantes. En defecto del testador, toca resolver á la ley, y la ley que pudo establecer una regla fija, llamando en todo caso á suceder en esa porción á los herederos testamentarios ó legítimos, dejando en realidad vacante la porción en la sucesión testamentaria para asignarla á los herederos legítimos, y vacante la porción en la sucesión legítima para asignarla á aquellos á quienes legalmente correspondiese, establece una serie de distinciones para determinar cuándo la porción vacante pasa á los herederos legítimos á pesar de haberlos testamentarios, cuándo los otros coherederos suceden por derecho propio, y cuándo, en virtud del derecho de acrecer.

No se crea, sin embargo, que el criterio del legislador es caprichoso. Para adoptar, según los casos, cada una de las tres soluciones antes apuntadas, existe un fundamento racional. Cuando el testador deja una sola cosa ó porción de herencia á dos ó más personas, sin expresa designación de partes, indudablemente otorga á cada una de esas personas preferencia en el derecho concedido sobre la cosa ó porción, y natural es que la ley, respetando la voluntad del testador, sostenga tal preferencia,

asignando la parte de cosa ó porción, vacante por falta de uno de los copartícipes, á los demás llamados por el causante. Todas las personas conjuntamente llamadas representan una sola entidad, que no desaparece mientras alguna de ellas subsista, y de aquí el derecho de acrecer.

Cuando el testador separa su herencia en porciones, asignando cada una á una persona distinta, es, por el contrario, indudable que el derecho de cada partícipe es independiente del de los demás, por lo que si falta uno de los llamados, queda realmente una porción vacante sin persona que la represente, y la ley, considerándola como no asignada por el testador, la otorga á los herederos abintestato ó legítimos.

Por último, cuando el resultado es idéntico, como ocurre en la sucesión intestada ó en la sucesión de la porción legítima, por hallarse de antemano establecido en la ley el orden de suceder, y no es necesario recurrir al derecho de acrecer ni á ninguna aplicación extraordinaria, por ocurrir todo naturalmente y según reglas preestablecidas, la porción vacante pasa por derecho propio á las personas á quienes corresponda.

El derecho de acrecer, de que trata esta sección, es aquel en virtud del cual, cuando son llamadas varias personas á una misma herencia ó legado, la porción correspondiente al que no quiere ó no puede recibir su parte, se aumenta ó agrega á sus coherederos ó colegatarios. Este derecho requiere la concurrencia de varias circunstancias, de las que las más esenciales son las siguientes: 1.ª, que á *una sola cosa* (herencia, parte de herencia, cosa determinada), sean llamadas *dos ó más personas*; 2.ª, que la parte de uno de los interesados quede vacante por no querer ó por no poder recibirla.

En las ideas generales expuestas pueden observarse las relaciones que existen entre varios derechos que con separación se regulan en el Código, esto es, entre los derechos de sustitución, de transmisión, de acrecer y de representación, en los casos de muerte, incapacidad ó renuncia de los herederos ó legatarios.

Sirve de base á estas relaciones el art. 766, con arreglo al

cual, el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de suceder y el que repudia la herencia, no transmiten derecho alguno á sus heredoros. A esta regla pueden añadirse otras dos. El heredero forzoso y el legítimo que renuncian la herencia, tampoco transmiten derecho alguno á sus herederos. En la sucesión legítima no cabe hablar de herederos muertos con anterioridad al causante ni incapaces; no existen legalmente, porque la ley sólo llama á suceder á personas vivas y capaces. Por tanto, para que proceda el derecho *de transmisión* del heredero del causante á los herederos del heredero, es preciso que ese heredero: 1.°, sobreviva al causante; 2.°, sea capaz de suceder; 3.°, acepte la sucesión bien por sí mismo, bien por la representación de sus sucesores (art. 1007).

No reuniéndose estas tres circunstancias, como el derecho de transmisión no procede, ha de quedar vacante la porción asignada en la herencia al heredero que no sobrevivió, era incapaz ó renunció la sucesión.

En la sucesión *testamentaria voluntaria* se atiende ante todo á la voluntad expresa del testador (*derecho de sustitución*). En su defecto, á su voluntad tácita (*derecho de acrecer* ó *sucesión legítima*; según los casos), en los términos que quedan explicados.

En la sucesión *legítima*, la ley supone que los herederos descendientes ó hermanos del causante no faltan, ni dejan, por tanto, porción vacante, cuando, aunque mueran antes que ese causante ó sean incapaces, dejan aquéllos descendientes, ó éstos hijos que, ficticiamente, ocupan su grado y lugar (*derecho de representación*). Cuando no procede el derecho de representación, no son llamados á suceder sino parientes ó personas que sobreviven al causante y son capaces, y si alguno de ellos renuncia la herencia, la ley considera herederos sólo á los demás, ó llama á los del grado ú orden siguiente, pues de antemano tiene siempre establecido lo que podríamos nombrar una sustitución legal.

En la sucesión de la *porción forzosa* ocurre algo análogo, pues también existe el derecho de representación y la designación legal para las porciones vacantes por renuncia; y al faltar todo

legitimario ó asignatario de cuota forzosa, la herencia se convierte en libre ó voluntaria, y habrá de atenderse: primero, á la voluntad expresa del testador si previó ese derecho; y segundo, á la voluntad de la ley, que á falta de sucesores testamentarios llama á los herederos legítimos.

La materia del derecho de acrecer, que ha de ser objeto de nuestro estudio, y que se comprende en los arts. 981 al 987, se completa con otras disposiciones, tales como las de los arts. 196, 521, 761, 766, 857, 888, 908, 922, 923, 925, 926 y 929.

II.—Precedentes históricos.

En materia de legados establece el derecho de acrecer, fundándolo en la presunta voluntad del testador, la ley 33, tít. 9.º, Partida 6.ª, cuyo contenido es el siguiente: «A vno ó á muchos puede ser fecha manda de vna cosa. E quando la fazen á muchos, quier sea fecha á todos ayuntadamente, ó á cada vno por si, vale la manda, é deuenla partir todos entre sí egualmente. E si por auentura, alguno dellos muriere en ante que el testador, ó biuiendo renunciasse su parte, ó acaesciesse otra razon alguna porque non la ouiesse aquel á quien fuera mandada, estonce acrecerse y á aquella parte á todos los otros á quien fuesse mandado, como sobre dicho es. E tal manda se faría ayuntadamente en esta manera como si dixesse el testador: mando á fulano é á fulana tantos marauedis ó tal cosa, nombrándolos todos vno á vno señaladamente, quantos fuessen aquellos á quien lo mandasse. E apartadamente se faría la manda de una cosa á muchos, como si dixesse: mando á fulano tal mi viña, é despues desso dixesse en el mismo testamento, que mandaua aquella viña misma á otro, é despues á otro, nombrando cada uno dellos por sí: ca estonce todos la deuen partir entre sí egualmente como dicho es.»

En materia de herencia, el derecho de acrecer tenía en el Derecho romano y en las Partidas una excepcional importancia, merced al célebre principio de no poder nadie morir parte tes-

tado y parte intestado. La ley 14, tít. 3.º, Partida 6.ª, fundábase en esa regla para adjudicar toda la herencia, en virtud de un especialísimo derecho de acrecer, al heredero ó herederos instituídos sólo en cuanto á una ó varias cosas determinadas.

Así, aun existiendo sólo un heredero, se admitía, como dice Morató, el derecho de acrecer en los casos siguientes: 1.º Cuando el testador instituía un solo heredero en una parte alícuota de la herencia, como una tercera, cuarta, etc., caso en el cual le acrecía toda la porción restante, ó la parte de ella no destinada especialmente á legados. 2.º Cuando el testador instituía un heredero dejándole ó asignándole sólo una cosa ó varias cosas determinadas, pues también le correspondía la herencia íntegra. 3.º Cuando el heredero era instituído *in diem* ó *ex die*, «en cuyos supuestos se realizaba un derecho de acrecer, si no de cosa á cosa, como en los casos anteriores, por lo menos de *tiempo á tiempo;* es decir, que instituído el heredero desde cierto día, *potestate juris*, se borraba la expresión del día, y quedaba la institución convertida en pura, percibiendo en su consecuencia el instituído la herencia, sin limitación alguna en cuanto al tiempo».

Suprimido por el Ordenamiento de Alcalá el expresado principio de no poder morir nadie parte testado y parte intestado, desapareció la necesidad en muchos casos, y con ella la excesiva importancia que había llegado á alcanzar el derecho de acrecer, quedando éste reducido en su esfera de acción dentro de los límites que, con relación á los legados, le asignaba la ley 33, título 9.º, Partida 6.ª, antes transcrita.

Era, pues, necesario en todo caso, que una sola cosa ó porción de herencia fuese dejada á varias personas por el testador, sin expresa separación de partes. Distinguían en este punto los comentaristas entre los herederos ó legatarios conjuntos en la cosa *(re)*, conjuntos en las palabras *(verbis)*, ó conjuntos en la cosa y en las palabras (*re et verbis*). La conjunción existe en la cosa y en las palabras, cuando el testador dice: dejo mi casa á Juan, Pedro y Diego; existe sólo en la cosa (*re tantum*), cuando

dice: dejo mi casa á Juan, y en otra cláusula del mismo testamento añade: dejo mi casa á Pedro; existe, por último, conjunción sólo en las palabras, cuando dice: dejo mi casa á Juan y á Pedro por partes iguales, ó por mitad.

Las Partidas no ponen ejemplo de esta última forma de conjunción en la ley citada, y era la opinión más generalmente seguida, la de negar en tal caso derecho de acrecer entre los herederos ó legatarios conjuntos, por estimar que la conjunción no existía en realidad, puesto que el testador designaba á cada sucesor su parte, y no dejaba toda la cosa á cada interesado como exige el fundamento de ese derecho, y así parecía desprenderse del silencio de la ley de Partidas sobre la expresada aparente conjunción. El Código establece la doctrina contraria en el artículo 983, al decir que las frases «por mitad», «por partes iguales», etc., no excluyen el derecho de acrecer: hay una verdadera proindivisión que hace que ningún heredero ó legatario tenga asignada una parte especial ó distinta, siendo toda la cosa de todos y cada uno de los sucesores conjuntos.

Pasemos al examen del articulado.

ARTÍCULO 981

En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre á los coherederos.

Derecho de acrecer en la sucesión intestada.—Este artículo viene á repetir en parte lo dispuesto en el 922. Llama la atención que sólo mencione el caso de repudiación de la herencia. ¿Es que sólo en ese caso puede admitirse en la sucesión intestada el derecho de acrecer?

Sabemos en qué consiste este derecho por las ideas generales que quedan expuestas, y sabemos que uno de los requisitos generales y esenciales para que proceda, es que haya una porción vacante.

La porción de un heredero puede quedar vacante siempre por dos causas: por no quererla recibir (repudiación), ó por no

poderla recibir (incapacidad), y aun de un modo más ó menos transitorio en caso de ausencia. Además, en la sucesión testamentaria, por lo mismo que el testador designa sus herederos en el testamento, y, por tanto, antes de fallecer, puede presentarse otra nueva causa de vacante: la muerte del instituído anterior á la del testador.

Cuando esta última causa es exclusiva de la sucesión testamentaria, pues la ley sólo llama á la herencia, por derecho propio ó por representación, á personas que vivían al fallecer el causante, el art. 981, al excluir este caso de su disposición, lo hace con perfecto conocimiento de causa, puesto que no puede ocurrir en la sucesión intestada. Pero no sucede lo mismo respecto de la incapacidad, y sin duda no la menciona dicho artículo, porque ya estaba resuelto el caso en el 922. Además, es inútil discurrir sobre este punto, porque el resultado, con el derecho de acrecer ó sin él, es siempre el mismo.

Desde luego no puede llegar el caso en que sea declarada heredera una criatura abortiva, ni una asociación ilícita, ni una persona incierta, ni una persona indigna. Pero la ley llama á la herencia intestada á todos los parientes de grado más próximo, y alguno de esos parientes puede ser indigno ó incapaz. ¿Se entiende que la ley al llamar á esos parientes sólo llama á los qne son capaces de suceder, puesto que ella misma quita previamente el derecho á los incapaces? En tal caso, los herederos incapaces ó indignos no han de tenerse en cuenta: se equiparan á los que no viven, puede decirse que no existen: por esto precisamente se admite el derecho de representarles (art. 929). Mas si no hay quien los represente, ó la representación no procede con arreglo al art. 925, la parte que hubiera correspondido al heredero incapaz, ¿quién la recibe? En esto no cabe duda: la reciben los parientes del mismo grado que el incapaz, si los hay, ¿La reciben por derecho propio ó por derecho de acrecer? La cuestión resulta indiferente, puesto que los efectos son idénticos. La ley, al llamar á los hermanos, por ejemplo, ¿los llama á todos, capaces ó incapaces, sólo por razón de su parentesco? Entonces

al ser uno de los hermanos indigno hay una porción vacante, y procede, como afirma el art. 922, el derecho de acrecer. ¿Llama sólo á los que siendo hermanos son capaces de suceder? Entonces no hay porción vacante, y procederá, como se desprende del art. 981, la sucesión por derecho propio. Como se ve, la cuestión carece de importancia.

Aun en el caso de repudiación de uno de los hermanos en el ejemplo expuesto, podría sostenerse que los demás sucedían por derecho propio, no porque no hubiese realmente una porción vacante, sino porque con arreglo á la ley, forzosamente corresponde esa porción á los parientes más próximos del causante, que son los hermanos coherederos; siendo anómala cualquiera otra solución, ya que el que no acepta no puede transmitir á sus herederos lo que no aceptó. Confirma este aserto lo dispuesto acerca de la legítima en el art. 985. No hay que recurrir al derecho especial de acrecer para explicar un hecho que surge naturalmente de la doctrina general de la sucesión intestada.

El derecho de acrecer en esta sucesión resulta algo modificado por el derecho de representación. A la herencia intestada de una persona son llamados, por ejemplo, dos hijos y tres nietos, hijos de otro hijo á quien representan; si uno de los nietos repudia la herencia, la porción vacante no acrece á todos los demás coherederos, sino sólo á los otros dos nietos, porque mientras quede uno de éstos, él representa á su padre, y recibe la porción que á éste hubiera correspondido si hubiera podido heredar. Lo mismo sucede cuando concurren á la herencia intestada hermanos con sobrinos.

Pero no es esto solo. En la sucesión legítima de los ascendientes, entre los de igual grado, la división se hace por líneas. Si quedan el abuelo paterno y el abuelo y la abuela maternos, al renunciar uno de estos dos, su parte acrece sólo al otro ascendiente de la misma línea, lo cual tiene una explicación natural: la ley divide la herencia en dos mitades, y el derecho de acrecer procede, no en cuanto al total de dicha herencia, sino con relación á cada mitad ó cuota de ella.

Ahora bien: si suprimimos el derecho de acrecer en ambos casos, los dos nietos ó sobrinos, ó el ascendiente de esa línea, suceden del mismo modo, con arreglo á la ley, por derecho de representación ó por derecho propio, lo que prueba la inutilidad de la aplicación de ese derecho de acrecer á la sucesión legítima, como lo ha comprendido perfectamente el legislador en un caso idéntico; el de la sucesión en la porción legítima, á que se refiere el art. 985.

Puede decirse que en los casos citados el derecho de acrecer es necesario, y el único que puede explicar el resultado expuesto, porque si respecto á la porción vacante se abriese de nuevo la sucesión intestada, como procedería sin el derecho de acrecer, esa porción se dividiría á su vez, bien entre todos los hijos ó hermanos, bien en dos mitades, una para cada línea, y el resultado sería muy distinto. Pero, en primer lugar, esta conclusión sería igualmente admisible en la sucesión de la legítima, caso en el que no se admite el derecho de acrecer por el legislador; en segundo lugar, el art. 981 habla de acrecer á los coherederos, á todos los coherederos, no con prelación de los de determinada estirpe ó línea, con relación á la herencia, no á fracciones de ella; y, por último, es lo cierto, por un lado, que los descendientes de un hijo ó los hijos de un hermano suceden por representación, sin que pueda decirse que haya porción vacante mientras quede un representante, y por otro, que cuando heredan los ascendientes y existen de igual grado en ambas líneas, la división del total de la herencia, con arreglo á la ley, ha de hacerse precisamente en dos mitades, una para cada línea, mientras haya quien la represente, por lo que, con el derecho de acrecer ó sin él, la solución legal ha de ser siempre la misma.

La cuestión, á nuestro modo de ver, es una. El heredero que renuncia la herencia se entiende que no ha sido nunca heredero. Hay que prescindir de él, y, como si no existiese, conferir la herencia toda y repartirla, con arreglo á los principios generales que rigen en la sucesión intestada. De otro modo: en esta sucesión la ley llama sólo á los más próximos parientes en

orden y grado que existían al morir el causante, sean capaces y quieran heredar. Hay que prescindir de porciones vacantes, porque no existen en realidad: la ley tiene siempre designados sustitutos.

No puede desconocerse, sin embargo, primero, que todo depende del punto de vista desde el cual se examine la cuestión, y segundo, que el resultado viene á ser siempre el mismo, admítase ó no en la sucesión intestada el derecho de acrecer.

Concordancias.—Asientan el mismo principio aplicable al derecho de acrecer en la sucesión legítima determinado en nuestro Código, el art. 786 del Código de Francia, el 879 del de Italia y el 1972 del de Portugal.

Respecto á los Códigos hispano-americanos, el Código civil argentino, en sus arts. 3844 y 3845, terminantemente dispone que el derecho de acrecer, es decir, el derecho que pertenece en virtud de la voluntad presunta del difunto á un legatario ó heredero, de aprovechar la parte de su colegatario ó coheredero cuando éste no la recoge, no tiene lugar sino en las *disposiciones testamentarias*.

Bolivia, dentro del capítulo de la aceptación y de la renuncia y de las herencias vacantes, en uno solo de sus artículos (549) se ocupa en la particularidad del derecho de acrecer. Sucintamente consigna que la parte del renunciante acrece en favor de sus coherederos si los tiene, ó pasa á los *venientes* abintentato.

Los Códigos de Chile (art. 1147), Colombia (art. 1206) y Ecuador (art. 1137), no admiten el derecho de acrecer sino en la sucesión testamentaria, toda vez que establecen que destinado un mismo objeto á dos ó más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta á las porciones de los otros, se dice *acrecer* á ellas.

Guatemala no reconoce este derecho sino cuando expresamente lo determina el testador. Según el art. 831 de este Código, pasará á los herederos legales del testador el todo ó parte de la herencia que vacase, sea por renuncia de todos ó de alguno de los herederos voluntarios, ó sea por su muerte antes que la

del testador. Sin embargo, los herederos legales no tendrán los derechos concedidos por este artículo, cuando fuese diversa ó contraria la voluntad expresa del testador.

Honduras, en su art. 1105, ccpia literalmente el 981 de nuestro Código.

Costa Rica (arts. 568 y 569) reconoce con iguales palabras la extensión de este derecho, si bien añade que el acrecimiento se entiende siempre, salvo voluntad expresa del testador.

El Código civil de Méjico, aun cuando no contiene precepto literal concordante con el artículo objeto de este comentario, guarda continua analogía con nuestro Código en la materia. Con igual extensión y límites define el derecho de acrecer (art. 3653) diciendo que es el derecho que la ley concede á un heredero para agregar á su porción hereditaria la que debía corresponder á otro heredero.

El Código peruano no contiene precepto ninguno concordante. Como el de Guatemala, y en el capítulo relativo al heredero testamentario, expresa que pasará á los herederos legales del testador el todo ó parte de la herencia que vacase, sea por renuncia de todos ó de alguno de los herederos voluntarios, ó sea por su muerte antes que la del testador. Sin embargo, los herederos legales no tendrán los derechos expresados cuando fuese diversa ó contraria la voluntad del testador (arts. 724, 727, 729 y 872 del Código civil del Perú).

El Código del Salvador solamente reconoce el acrecimiento en la sucesión testamentaria. Al efecto establece los siguientes principios legales: 1.º El derecho de acrecer tiene lugar en las herencias y legados (art. 1143). 2.º El testador podrá en todo caso prohibir el acrecimiento (art. 1144). 3.º Destinado un mismo objeto á dos ó más asignatarios, la porción de uno de éstos, que por falta de èste se junta á las porciones de los otros, se dice acrecer á ellas (art. 1135).

Casi literalmente con el artículo de nuestro Código concuerda el 1019 del de la República Oriental del Uruguay. En las sucesiones intestadas, dice, la parte del que no puede ó no quiere

aceptar, acrece á los coherederos, salvo el derecho de representación.

El de los Estados Unidos de Venezuela, salvo ligeras variantes, concuerda también con los preceptos de nuestro Código. Como punto inicial del derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios, prescribe que si uno de los herederos instituíddos muere antes que el testador, ó renuncia á la herencia, ó es incapaz, su porción pasa al coheredero, ó á los coherederos, cuando hay lugar al derecho de acrecer, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa ó se trate de legados de usufructo ó de otro derecho personal por su naturaleza (arts. 847 y 858).

ARTÍCULO 982

Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1.º Que dos ó más sean llamados á una misma herencia, ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes.

2.º Que uno de los llamados muera antes que el testador, ó que renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla.

ARTÍCULO 983

Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero.

La frase «por mitad ó por partes iguales» ú otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer.

Derecho de acrecer en la sucesión testamentaria.—Los arts. 982 y 983 son aplicables en absoluto á la sucesión testamentaria. Para que en esta sucesión proceda el derecho de acrecer, es necesaria la concurrencia de los requisitos marcados en el art. 982.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, según el art. 985, no procede el derecho de acrecer respecto á las legítimas, por lo cual cuanto digamos sólo puede aplicarse, si hubiere herederos forzosos, á la parte de herencia de libre disposición. De otro modo: el derecho de acrecer sólo procede en la sucesión testamentaria con relación á los herederos voluntarios, considerando naturalmente como tales á los mismos herederos forzosos, respecto á la parte libre de herencia que reciben por voluntad del testador.

Aparte de esta aclaración, para la aplicación de los citados artículos conviene hacer otra. En la sucesión testada es ley preferente la voluntad del testador, de modo que éste prohibiendo expresamente el derecho de acrecer, nombrando sustitutos, ó marcando el destino especial de cada porción vacante, excluye la aplicación de los artículos que vamos á examinar.

Parece á primera vista que el derecho de representación excluye también el derecho de acrecer, de modo que, aun reuniéndose todos los requisitos exigidos en el art. 982, la porción vacante, en caso de muerte ó incapacidad, no habría de pasar á los coherederos, si procediese el derecho de representación. Mas como este derecho en la sucesión testamentaria sólo puede aplicarse á la legítima, es evidente que nunca estorba el derecho de acrecer, aplicable sólo, como hemos dicho, á la herencia de libre disposición.

Esto sentado, pasemos al examen de los requisitos necesarios para que tenga lugar el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria.

El núm. 1.º del art. 982 requiere las circunstancias siguientes:

a) *Unidad en el objeto* (una sola cosa, sea herencia, parte de herencia ó cosa determinada).

b) *Pluralidad en el sujeto* (varias personas, herederos ó legatarios, llamados á esa sola cosa).

c) Falta de designación especial á cada persona de partes en la cosa.

El núm. 2.º exige que quede *vacante la porción* de uno de los sujetos, por premorir al testador, repudiar la herencia ó ser incapaz.

A la muerte ha de equipararse la presunción de muerte, y aun provisionalmente la declaración de ausencia de uno de los herederos ó legatarios.

Esfuérzase el art. 983 en explicar el requisito de la falta de designación de partes, y tememos que no lo haya conseguido á pesar de la claridad con que lo hace, y que para los que no conozcan á fondo el derecho de acrecer, produzca más confusión que claridad.

Parece deducirse del primer párrafo, que señalada expresamente *una cuota* determinada á cada heredero, no procede el derecho de acrecer, y como al decir el testador: dejo la mitad de mis bienes á *B.* y la otra mitad á *C. se determina expresamente una cuota*, se deduce que entre *B.* y *C.* no se da ese derecho. Pero en el párrafo segundo del artículo, se dice que las frases *por mitad, por partes iguales,* no excluyen el derecho de acrecer, y naturalmente se piensa que en tal caso sólo excluye tal derecho la determinación de la cosa de un modo separado, especial é independiente, de tal modo que no pueda decirse que á cada cosa haya sido llamada más que una persona; en suma, la cosa no indivisa, sino dividida, separada, determinada.

Pero al escoger esta solución se presentan varias dificultades, que son: 1.º La palabra *cuota* del primer párrafo. 2.º La palabra *numéricamente* del segundo, que parece indicar que si en vez de decir la *mitad* en un objeto que vale 20.000 pesetas, se dice 10.000 pesetas, ó diez fanegas de las veinte que tiene una finca, ya no hay lugar al derecho de acrecer. 3.º La consideración de que siendo cierta la solución apuntada, para que el derecho de acrecer no proceda, es necesario que el testador vaya describiendo separadamente las cosas de la herencia que asigna á cada heredero. Y 4.º Haber sido más sencillo expresar que procedería el derecho de acrecer, cuando la herencia ó una parte de ella se dejase proindiviso á varias personas. Ahora bien:

como cuando hay varios herederos lo natural es que todo se halle proindiviso, el derecho de acrecer procedería siempre, menos cuando el mismo testador hubiese practicado la división. No es éste indudablemente el pensamiento del legislador. Hay que estudiar el caso con más atención.

Lo verdaderamente especial en el derecho de acrecer es *el objeto uno* asignado á varios.

En la comunidad de bienes, ese objeto es una cosa individual ó colectiva determinada, que se halla sin dividir entre los partícipes. Una fracción indivisa de esa cosa no sirve nunca de objeto, pues que éste se halla constituído por la suma de todas las fracciones que forman la unidad completa, determinada y no dividida en partes perfectamente separadas é independientes. Si la comunidad se refiere á una herencia, cosa colectiva, su objeto es toda la herencia: los coherederos todos son partícipes proindiviso de la misma, de modo que si hay tres herederos, antes de partir, cada uno es dueño en común de todo el objeto, y ninguna fracción de éste puede estimarse parte separada é independiente, que constituya nueva unidad, centro, núcleo ó lazo de unión entre los partícipes.

En el derecho de acrecer, el objeto uno á que son llamadas varias personas conjuntamente puede ser, no sólo el total de la herencia ó una cosa determinada (una finca, una alhaja, etc.), en cuyo caso existe desde luego la comunidad en el explicado sentido, sino también una parte alícuota de la herencia, una fracción ó cuota indivisa de la misma. De modo que el derecho de acrecer procede en cuanto á toda la herencia, si el testador dice: instituyo por mis herederos á Juan, Pedro y Antonio; procede en cuanto á una cosa determinada, si dice: lego la casa que habito, ó 20.000 pesetas en metálico, á Jesús y á Francisco; y procede en cuanto á una cuota ó á una parte, si dice: lego ó dejo la mitad de mis bienes á José y á Luis, y en la otra mitad instituyo por herederos á Rafael y á Fernando, ó lego tales objetos, y en el remanente de mis bienes quiero que sean mis herederos Tomás y Manuel. En el último caso el objeto uno es cada mitad indivisa ó ese remanente de bienes.

Ahora bien: el legislador entiende que al separar el testador en cuotas (dos mitades, tres tercios, cuatro cuartos, etc.), su herencia, y llamar conjuntamente á varios para el percibo de cada cuota, ha dividido el objeto de la sucesión en varias partes independientes la una de la otra, de modo que, por muerte de Rafael, su porción acrece sólo á Fernando, sin que puedan alegar derecho alguno Luis ni José conjuntamente llamados á una cuota ú objeto distinto; y por renuncia de Luis, la parte de éste sólo acrece á José, y no á Rafael ni á Fernando.

Pero no exagerando el principio, reconoce el art. 983 que el testador no separa realmente cuotas ú objetos al efecto del derecho de acrecer, cuando la herencia, la fracción de ella, ó las cosas dejadas especialmente á varios, se asignan por iguales partes, por mitad, por cuartas partes, etc.; esto es, que es lo mismo decir instituyo por herederos á Juan y á Pedro, que decir instituyo por herederos á Juan y á Pedro por mitad, ó á Juan, Pedro y Antonio por partes iguales. De modo que si el testador expresa que su herencia se divida en tres partes, una para su hermano Luis, otra para los cinco hijos de su hermano Antonio, y otra para sus amigos Juan, Teodoro y Manuel, por iguales partes, esta última designación no separa ese tercio en otras tres partes, sino que manteniendo su unidad, da lugar al derecho de acrecer entre las tres personas llamadas conjuntamente. Si falta Luis por no poder ó no querer ser heredero, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte pasará á los herederos legítimos. Si falta Teodoro, su parte acrece á Juan y á Manuel. Si falta uno de los hijos de Antonio, su porción acrece á los otros cuatro del mismo grupo.

Como se ve, la materia es un poco abstracta y de no muy fácil explicación, porque, en resumen, media poca distancia entre decir, dejo la mitad de mis bienes á D. y á Z., y la otra mitad á B. y á C., ó dejo todos mis bienes á D., Z., B. y C., por partes iguales. Pero en este caso el testador forma una unidad con toda su herencia, y en el otro forma de cada mitad un objeto separado. El objeto de la ley es hacer constar que la conjunción lla-

mada antes *verbis tantum* no excluye el derecho de acrecer.

Para mayor aclaración, transcribiremos los arts. 1147 al 1150 del Código de Chile, 1206 al 1209 del de Colombia y 1137 al 1140 del de El Ecuador, que literalmente son idénticos, los cuales desenvuelven la idea de un modo más fácilmente inteligible.

Dicen los precitados códigos en sus artículos correspondientes:

«Destinado un objeto á dos ó más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta á las porciones de los otros, se dice *acrecer* á ellas.

»Este acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes ó cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte ó cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer, sino entre los consignatarios de una misma parte ó cuota.

»Si se asigna un objeto á dos ó más personas por *iguales partes*, habrá derecho de acrecer.

»Habrá derecho de acrecer sea que se llame á los coasignatarios en una misma cláusula ó en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario.

Si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior.

Los coasignatarios conjuntos se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios; y la persona colectiva formada por los primeros no se entenderá faltar, sino cuando todos éstos faltaren.

»Se entenderán por conjuntos, los coasignatarios asociados por una expresión copulativa, como Pedro y Juan, ó comprendidos en una denominación colectiva, como los hijos de Pedro.»

Este último precepto no existe en nuestro Código, pero es desde luego admisible y debe entenderse del mismo modo en nuestra legislación. Si el testador lega un caserío á Juan, Pedro y los hijos de Antonio, estos hijos se reputan como una sola per-

sona, que no falta mientras quede como legatario uno de dichos hijos, por lo que el premorir uno de éstos al testador ó renunciar el legado, su porción acrece sólo á los demás hijos que constituyen esa sola personalidad llamada á una parte de la cosa legada, y sólo al desaparecer todo el grupo, pasará la porción á él asignada á los otros colegatarios Pedro y Juan.

El Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Noviembre de 1905, aclara también la materia del art. 982 en el sentido de determinar el alcance del derecho de acrecer en las instituciones condicionales. Establece en la referida sentencia que la disposición de última voluntad por la que la testadora legó á varios de sus nietos el tercio libre de todos sus bienes por iguales partes, *acreciendo de unos á otros por muerte de cualquiera de ellos*, con prohibición de enajenar tales bienes hasta que los legatarios llegasen á la mayor edad, y con encargo expreso de que el patrimonio legado fuese regido por los albaceas, sin que en ningún caso los bienes y las rentas las percibieran los padres de los menores legatarios, demuestra que la testadora al establecer dicho legado, se propuso que los instituídos se sucedieran entre sí, no dividiéndose los legados hasta el cumplimiento de la condición impuesta, por lo que no pueden tener aplicación los artículos del Código civil, referentes al derecho de acrecer en orden á la sucesión por estar subordinados á la voluntad de la testadora rectamente interpretada.

Asimismo la Resolución de la Dirección general de los Registros de 4 de Abril de 1903, inspirándose en los artículos del Código que enumeran los requisitos que han de concurrir en la sucesión testada para que proceda el derecho de acrecer, afirma la citada resolución, que concurren las circunstancias de los artículos 982 y 983 en el caso de una institución de herederos por partes alícuotas, *no númericas*, sin señalarse bienes determinados (institución por partes iguales) y habiendo fallecido uno de los herederos.

En virtud de dichos preceptos, la parte del fallecido debe acrecer á los demás coherederos y no á los que pudieran ser he-

rederos legítimos del finado, pues lo segundo sólo podría suceder cuando no tenga lugar el derecho de acrecer.

En materia particional hay que pasar por lo que hayan aprobado las partes por ser la partición un verdadero contrato.

Explicado el número 1.° del art. 982, y el 983 que le sirve de complemento, el requisito del núm. 2.° de aquel artículo, referente á que haya una *porción vacante*, no ofrece dificultad en su aplicación.

Según el art. 766, el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia la herencia, no transmiten derecho alguno á sus herederos. Si no transmiten derecho alguno á sus herederos, la porción que el testador les asignó queda vacante ó sin dueño; luego las causas que producen esa vacante son tres, como expresa el núm. 2.° del artículo 982: 1.°, morir el heredero testamentario voluntario antes que el testador; 2.°, ser incapaz de heredar; y 3.°, repudiar la herencia.

Al existir una porción vacante, unas veces, aunque nunca en la sucesión testada voluntaria, procederá el derecho de representación (arts. 761, 857 y 929); otras se atenderá á la voluntad expresa del testador que nombró sustituto, ó marcó el destino que debía darse á sus bienes; otras, habrá lugar á abrir la sucesión intestada respecto á esa porción (arts. 986 y 912, números 3.° y 4.°); y otras, por último, procederá el derecho de acrecer, por no haber lugar al derecho de representación, no contrariarse la voluntad expresa del causante y llenarse los requisitos exigidos en el núm. 1.° del art. 982.

Este artículo sólo habla de porción vacante en caso de muerte, incapacidad ó renuncia; pero aparte de la declaración de presunción de muerte, que equivale al fallecimiento real del heredero instituído, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 196 para el caso de ausencia con relación al derecho de acrecer; cuyo artículo encuentra en los 981 y siguientes su complemento. Véase el comentario de dicho artículo. Los herederos ó legatarios á quienes corresponda el derecho de acrecer en los

bienes dejados á una persona ausente en ignorado paradero, podrán pedir la declaración de su ausencia con arreglo al número 4.° del art. 185.

Concordancias.—Los arts. 982 y 983 de nuestro Código tienen íntima relación con los arts. 879 al 881 del de Italia, y 1972 del de Portugal.

Por lo que se refiere á los Códigos hispano-americanos, el de la Argentina numerosamente expone los casos en que se da el acrecimiento en las herencias y legados. Las reglas jurídicas más salientes que este Código señala en sus arts. 3846 á 3849, son: 1.ª Cuando diferentes herederos ó legatarios sean llamados conjuntamente á una misma cosa en el todo de ella. 2.ª Se reputa la disposición testamentaria como conjunta, cuando el mismo objeto es dado á varias personas sin asignación de la parte de cada uno de los legatarios ó herederos en el objeto de la institución ó legado. 3.ª Cuando el testador ha asignado partes en la herencia ó en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar; y 4.ª La asignación de partes que sólo tengan por objeto la ejecución del legado ó la partición entre los legatarios de la cosa legada en común, no impide el derecho de acrecer.

Bolivia, como ya dijimos, carece de prescripciones concordantes con las del derecho de acrecer de nuestro Código.

Las disposiciones claras y terminantes de los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador, las hemos insertado literalmente en el texto del comentario. De Guatemala, ya hicimos notar los preceptos especialísimos en el comentario del artículo anterior.

Honduras transcribe literalmente las disposiciones examinadas de nuestro derecho en sus arts. 1106 y 1107.

Méjico, concuerda fiel y terminantemente en sus arts. 3654 y 3655, con los principios generales de nuestro Código.

Perú, como su congénere el de Guatemala, no guarda relación alguna con los artículos de este comentario.

El de la República de El Salvador, salvo modalidades de expresión en sus arts. 1136 á 1138, que se inspiran en los de Chile, Colombia y Ecuador, concuerda con nuestro Código.

Uruguay, guarda también íntima conexión en sus arts. 1020 y 1021 con los del Código patrio, así como también el de los Estados Unidos de Venezuela, casi reproduce nuestros preceptos en sus arts. 848 y 849.

ARTÍCULO 984

Los herederos á quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibirla.

Señala el art. 984 los efectos del derecho de acrecer. La porción vacante se agrega á las demás que con ella constituían el objeto único asignado á varias personas, y se reparte ó divide, entre las que de éstas quedan, en proporción á sus cuotas respectivas. Así, si el testador instituye herederos por iguales partes á su hermano B., á su hermano C., y á sus sobrinos D., F. y E. como hijos de su hermano H., por falta de B. su porción aumenta proporcionalmente la de C. y las de F., D. y E., tomando aquél la mitad, y cada uno de éstos un tercio de la mitad restante. Si renuncia D., su parte acrecerá por mitad á F. y á E., pues los tres sobrinos forman, como dice el Código de Chile, una persona colectiva, que no se entiende faltar sino cuando falten todas las personas individuales que la constituyen.

Con la porción vacante van todos los derechos y todas las cargas ú obligaciones que llevaba consigo. Estas cargas pueden ser las mismas que afectan á toda la herencia, proporcionalmente á la cuota vacante, y pueden ser especiales, como impuestas determinadamente por el testador al heredero ó legatario que no quiso ó no pudo aceptar.

El art. 984 sienta una regla general que ha de aplicarse racionalmente, y teniendo en cuenta, por analogía, el precepto del artículo 659. Como dice el Código de Chile en su art. 1152, la porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una cualidad ó aptitud personal del consignatario que falta.

En esto no puede haber duda. Mas el art. 984 motiva una cuestión interesante, que en este lugar no resuelve el Código. El derecho de acrecer, ¿es renunciable? El acrecimiento, con todas las obligaciones ó cargas que pueda llevar consigo, ¿es voluntario ó forzoso?

Los Códigos resuelven esta cuestión de un modo distinto los unos de los otros. Así, de los de Francia, Bélgica é Italia se deduce el acrecimiento forzoso. El de Chile, por el contrario, expresamente preceptúa que el coasignatario podrá conservar su propia proporción y repudiar la que se le difiere por acrecimiento, aunque, naturalmente, no pueda renunciar su parte y aceptar la que resulte vacante.

El heredero que renuncia se entiende que nunca ha sido tal heredero; por esto es indudable que no siendo heredero, no puede acrecerle parte alguna de la herencia, ni tiene derecho á aceptar otras porciones vacantes.

Mas á la inversa, el heredero que acepta es heredero desde luego, y representa como tal la personalidad del difunto. Al aceptar, acepta en todo, porque no puede representarse al causante por una infracción, lo cual sería, como afirma Laurent, un contrasentido jurídico. El testador, dice Lossana, al instituir varios herederos conjuntamente, demuestra su intención de dejar el objeto por entero á cada uno de los llamados; el título hereditario atribuye á cada uno de éstos el derecho potencial á toda la herencia, derecho coartado en la realidad práctica sólo por el concurso de otro heredero; de modo que si uno de éstos renuncia, la cuota que le hubiere correspondido acrece á los demás, ó, por mejor decir, el derecho de cada uno de los que quedan encuentra menor obstáculo á la expansión de que es susceptible.

En nuestro derecho, por virtud de los mismos principios, puede decirse resuelta la cuestión por el art. 990, que prohibe aceptar la herencia en parte. El que acepta puramente la herencia consiente en ser heredero ó en suceder en todos los derechos y obligaciones del difunto. Si hay otros coherederos compartirá necesariamente con ellos la representación del causante. Si no

los hay por cualquier causa (institución de uno solo, premoriencia, incapacidad ó renuncia), necesariamente también será el solo representante ó continuador de la personalidad jurídica que se extinguió.

Cabe la relajación de este principio cuando así se deriva de la voluntad del testador, que designó especialmente cuotas distintas ó cosas determinadas á cada heredero, mas ha de aplicarse estrictamente cuando ese mismo testador, al llamar conjuntamente á varios para el total de su herencia, ó para una determinada cuota ó porción de la misma, demuestra su intención de que todo lo que deja sea para todos y cada uno de los herederos conjuntos que designa.

Este es el rigor de la ley y de los principios jurídicos, y esta es sin duda la doctrina de nuestro Código. Ahora bien; la equidad parece aconsejar una solución distinta. La aceptación ha de ser libre por completo; el que acepta lo que el testador le asigna, acepta los derechos y las obligaciones que esa parte lleva consigo, se conforma con lo suyo, no indaga si le conviene aceptar lo de los demás; cuando llega el caso de quedar vacante otra porción á la que tiene derecho, entonces examina si le conviene aceptarla ó no. De aquí la doctrina del Código de Chile, sin duda menos jurídica, pero desde luego más equitativa y racional. Hay que advertir que este Código prohibe también aceptar en parte la herencia, pero se refiere á la cuota especialmente dejada á cada heredero; no puede éste aceptar en parte su cuota; mas esto no se opone á que, aceptando *toda* su cuota, renuncie otra que por circunstancias especiales le defiere la ley.

Lo expuesto se refiere al derecho de acrecer entre los coherederos. Entre colegatarios la cuestión es sencilla, pues aunque no se estime que se trata de legados distintos, no existiendo precepto alguno que impida aceptar en parte los legados, cabe desde luego que cada legatario conserve su porción, y repudie la que se le defiere por acrecimiento, salvo el caso de ser su parte lucrativa y la que queda vacante onerosa; en cuyo caso, de la forma del legado y de los preceptos de los artículos 889

y 890, se deduce que no existe esa libertad, debiendo aceptarse todo ó nada.

Concordancias.—De los códigos europeos concuerda el artículo del nuestro con el 882 del de Italia.

Entre los hispano-americanos, el de la República Argentina, no se refiere especialmente á los herederos, pero con respecto á los legatarios, su art. 3855, dispone que el derecho de acrecimiento, impone á los legatarios que quieran recibir la porción caduca en la persona de uno de ellos, la obligación de cumplir las cargas que les estaban impuestas; ahora bien, con la salvedad, añade el art. 3856, que si las cargas fuesen por su naturaleza, meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan á los otros colegatarios.

El Código de Chile, como ya dijimos, en su art. 1151 dispone que el coasignatario, podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le dejare por acrecimiento, pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda, aclarando en el artículo siguiente, que la porción que acrece, lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad ó aptitud personal del coasignatario que falta. Las mismas disposiciones se contienen en los artículos 1210 y 1211 del Código de Colombia, 1141 y 1142 del de El Ecuador, y 1139 y 1140 del Salvador.

Honduras (art 1108), copia literalmente el artículo de nuestro Código, así como también el Código mejicano (art. 2657).

Uruguay establece, como el Código patrio, las mismas obligaciones derivadas del derecho de acrecer, salvo las que suponen una calidad ó aptitud personal del coheredero (art. 1020), y como los de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, no permite que el coheredero pueda aceptar su parte propia y repudiar las que se les defieren por acrecimiento ni al contrario. Por último, el de Venezuela (art. 850), terminantemente dispone que los coherederos en quienes en virtud del derecho de acrecer pasa la parte del heredero que falta, soportarán las obligaciones y las cargas á que él hubiere quedado sometido.

Los códigos de Bolivia, Guatemala y Perú, no tienen concordancia alguna con el artículo que examinamos.

ARTÍCULO 985

Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje á dos ó más de ellos, ó á alguno de ellos y á un extraño.

Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer.

Nos hemos referido á este artículo al comentar el 981 y el 982. El legislador, en el 985, separa la porción que se defiere por la ley de la que se deja por voluntad del testador. En este tiene lugar el derecho de acrecer si se reunen las circunstancias que el art. 982 exige; en aquélla nunca.

Es preciso armonizar, como dijimos, los preceptos de los artículos 981 y 985. La sucesión intestada y la sucesión de la legítima se defieren por la ley y obedecen á las mismas reglas: ó en ambas ha de estimarse aplicable el derecho de acrecer, ó en ninguna.

El art. 985 no habla expresamente de la mejora; pero legisla también sobre ella. Por una parte, la mejora es una parte de la legítima, por otra, el derecho de acrecer sólo tiene lugar respecto á la parte de libre disposición. Aunque en la mejora exista cierta relativa libertad para disponer, nunca es la parte libre ó de libre disposición en absoluto, por lo que nunca procede el derecho de acrecer. Si habiendo varios descendientes comejorados, queda una porción vacante, en ella suceden por derecho propio los demás que sean legitimarios.

Los coherederos á que alude el párrafo segundo, son sólo los copartícipes en la legítima y no en toda la herencia ó en la parte de libre disposición. Por lo mismo, si hay un solo legitimario y ese renuncia, ó, siendo varios, faltan todos, los coherederos

en la parte libre podrán recibir por acrecimiento alguna porción de esa parte; mas respecto á la legítima se seguirán las reglas de la sucesión intestada y las de los artículos 761 y 857. Véanse los artículos 921 al 929.

Citaremos algunos casos de aplicación del art. 985.

El testador fallece dejando tres hijos, *A.*, *B.* y *C.*, á quienes instituye herederos en el total de sus bienes. *B.* tiene dos hijos, y los demás carecen de sucesión. Muerto *B.* antes que el testador, queda su porción vacante, y de ella se hacen tres partes, una de las cuales, que corresponde al tercio libre, acrece á *C.* y á *A.*, y las otras dos pasan por derecho de representación á los hijos de *B.*, por corresponder á la porción legitimaria y no proceder en ésta el derecho de acrecer. Si *A.* fuese incapaz, su parte se dividirá entre *B.* y *C.*, en cuanto á los dos tercios de legítima por derecho propio, y en cuanto al tercio restante por derecho de acrecer.

Si suponemos ahora que el testador, teniendo por hijos á *A.*, *B.* y *C.*, mejoró en el tercio por iguales partes á *C.* y á *D.*, hijo éste de *B.*, y dejó el tercio libre á *C.* y á *Z.*, extraño, al faltar *B.*, su parte corresponde por derecho propio como legítima á *A.* y á *C.*; al faltar *C.*, su porción forzosa pasa á *A.* y á *B.*; su parte de mejora á estos mismos por refundirse en la legítima, y su parte libre acrece solamente á *Z.*; y al faltar *D.*, su porción de mejora pasa por derecho propio á los tres hijos *A.*, *B.* y *C.*

Concordancias.—Si bien el artículo tiene pocas concordancias directas con los Códigos extranjeros, son dignas de notar las disposiciones del Código de la Argentina, que terminantemente dispone que el derecho de acrecer no tiene lugar á la sucesión legítima (art. 3844), y Méjico que se refiere en la mejora que renunciada acrece á los herederos forzosos (art. 3918).

Los demás Códigos hispano-americanos, aun el de Honduras que casi en su absoluta totalidad sigue al Código español, no tienen disposición alguna concordante con el artículo examinado.

ARTÍCULO 986

En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituído, á quien no se hubiese designado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones.

En la sucesión testamentaria se atiende ante todo á la voluntad expresa del testador; después á la voluntad tácita, que envuelve el hecho de dejar toda la herencia sin designación de partes, toda una cuota determinada ó una sola cosa á varias personas, dando ocasión al derecho de acrecer, y por último, se recurre á la sucesión intestada.

Esto es lo que afirma el art. 986, y después de cuanto va expuesto en esta sección, creemos que cuanto dijéramos sería una repetición inútil. Véase el art. 912.

Pero existe además de lo expuesto en el art. 986, una novedad, comprendida en su último inciso, sobre la cual debemos llamar la atención, á fin de que, perdida entre los demás preceptos del mismo artículo, no pase para nadie desapercibida. Los herederos legítimos recibirán en su caso la porción vacante del instituído con las mismas cargas y obligaciones que llevaba consigo.

Entre estas cargas y obligaciones hay algunas de carácter general, impuestas á todo heredero voluntario ó forzoso, testamentario ó legítimo, las cuales es evidente que van con la herencia donde quiera que ésta se encuentre. Pero hay otras que impone el testador determinadamente á algún heredero, cumplimiento de determinadas mandas ó hechos, que parecía natural que desapareciesen al desaparecer el heredero instituído y ser llamados por la ley los herederos legítimos. Desde luego, los gravámenes que suponen una calidad ó aptitud personal en el heredero que falta, no pueden imponerse á los sucesores legítimos; pero las demás cargas ú obligaciones que puedan ser cum-

plidas del mismo modo por unos ú otros herederos y aparecieren impuestas determinadamente por el testador al renunciante ó incapaz instituído, no cabe duda que se comprenden en el artículo 986. Podrá parecer anómala esta solución que iguala los efectos del derecho á suceder por acrecimiento ó por designación legal; pero nuestro Código ha querido de este modo respetar en cuanto fuere posible la voluntad expresada por el testador en su testamento.

A pesar de la claridad de expresión del artículo que comentamos, la Dirección general de los Registros, en Resolución de 4 de Abril de 1903, ha tenido que declarar que, con arreglo á lo preceptuado en los arts. 982 al 984 y 986, el derecho de acrecer es preferente al que procede del llamamiento hecho por la ley para la sucesión legítima, de modo que no hay lugar á ésta cuando existe aquel derecho. Así lo declara también de un modo terminante el núm. 3.º del art. 912.

Concordancias. — Existen excasos concordantes con el artículo.

Salvo los arts. 1153 de Chile, 1212 de Colombia, 1143 de El Ecuador, 1023 del Uruguay y 1141 de El Salvador, que disponen que el derecho de transmisión excluye el de acrecer; Guatemala (art. 831), que determina que pasará á los herederos legales del testador el todo ó parte de la herencia que vacase, sea por renuncia de todos, de algunos de los herederos voluntarios, ó sea por su muerte antes que la del testador; Honduras, que transcribe en su art. 1109 las disposiciones de nuestro derecho; Méjico, en su artículo citado en las concordancias del comentario anterior, salvo las disposiciones anteriores repetimos el único concordante es el de Venezuela, que en su artículo 851 dispone que cada vez que el derecho de acrecer no tiene lugar, la parte del heredero que falta pasará á los herederos abintestato del testador, en cuyo caso éstos tienen que soportar las cargas y las obligaciones á que estaba sometido el heredero que falta.

Los demás Codigos no guardan, como se ha dicho, en esta parte, relación directa con el artículo expuesto.

ARTÍCULO 987

El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

El derecho de acrecer, con relación á los *legatarios*, se presenta con caracteres más sencillos, por lo mismo que ordinariamente se aplica á cosas determinadas, y no á cuotas, más ó menos abstractas, establecidas por el testador.

Desde luego son aplicables al derecho de acrecer entre colegatarios los arts. 982 al 984, y en los casos de haber herederos forzosos, con relación á la parte libre. El 981 es peculiar á los herederos legítimos, y el 986 especial para la herencia, pues con relación á los legados, debe sustituirse por el 888, según el cual, cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer.

Otra especialidad presentan los legados. Como hemos dicho, cada colegatario puede aceptar su parte y rechazar la que le corresponda por acrecimiento, no siendo una de las partes lucrativa y la otra gravosa. Aceptando, sucede el colegatario en los derechos y obligaciones que tendría el que no pudo ó no quiso aceptar.

Con relación á los *usufructuarios*, éstos serán sucesores á título universal ó á título singular, aun cuando sólo en cuanto á un derecho temporal de usufructo, y, por tanto, con las limitaciones que lleva este derecho consigo, en relación á toda la herencia ó á una parte de la misma, como se ve, por ejemplo, en los arts. 508 y 510 del Código.

La aplicación de la doctrina general sobre el derecho de acrecer á los usufructuarios, no ofrece dificultad alguna. Cualquiera que sea el derecho concedido por el testador á varios herederos ó á varios legatarios conjuntamente, motivan el derecho

de acrecer cuando una de las porciones queda vacante por renuncia, incapacidad ó premoriencia.

Pero entre cousufructuarios existe, además, un derecho de acrecer especialísimo, al que no se alude en el art. 987, y es el establecido en el art. 521, cuyo precepto sustituye en esta materia al 986. Sobreviviendo el heredero ó legatario en usufructo al testador, siendo capaz y aceptando la herencia ó el legado, el usufructo constituído en favor de varias personas simultáneamente no se extingue hasta la muerte de la última que sobreviviere. No cabe aquí el derecho de transmisión á los herederos del usufructuario, porque el usufructo se extingue, por regla general, por la muerte del usufructuario, y el legislador ha creído natural establecer el derecho de acrecer en favor de los usufructuarios que van quedando, mejor que refundir el usufructo ó la parte de él que queda vacante, con la nuda propiedad ó la masa de la herencia.

La naturaleza del derecho de usufructo y su combinación con el hecho de constituirse por herencia ó testamento, hace necesarios los dos distintos aspectos que hemos apuntado en cuanto al derecho de acrecer entre usufructuarios. El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de Marzo de 1905, declara que los artículos 982 y siguientes no son aplicables cuando, habiendo varios legatarios en usufructo, fallece uno de ellos *después* de muerto el testador. ¿Debe en tal caso refundirse desde luego el usufructo con la nuda propiedod, ó debe acrecer en beneficio del otro usufructuario ó los otros usufructuarios, con arreglo al artículo 521? Esto depende de la interpretación que merezca la cláusula del testamento en que se deje la herencia ó legado en usufructo á varias personas, pues puede resultar que se constituyeran varios usufructos distintos ó independientes, ó uno solo en favor de varios herederos ó legatarios conjuntos. Para la debida aplicación de la doctrina precedente pueden servir de norma las reglas marcadas en el Código, sobre el derecho de acrecer, en los arts. 982 y 983.

Concordancias.—El Código francés, en sus arts. 1044 y 1045,

trata del derecho de acrecer en materia de legado, concordando también nuestro Código con el art. 884 del italiano.

La disposición de nuestro derecho, extensiva de la facultad de acrecer para los legatarios y usufructuarios en los mismos términos establecido para los herederos, guarda íntima relación con los preceptos de los Códigos hispano-americanos.

El de la Argentina extensamente expone este derecho en sus arts. 3846 á 3851; pero con respecto al derecho de usufructo especialmente, señala que cuando el legado de usufructo, *hecho conjuntamente á dos individuos*, ha sido aceptado por ellos, la posesión del uno, que después ha quedado vacante por su muerte, *no acrece al otro,* sino que se consolida á la nuda propiedad, á menos que el testador, expresa ó tácitamente, hubiese manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo (art. 3852).

Bolivia carece, en absoluto, de todo precepto concordante.

Los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador (arts. 1154, 1213 y 1144, respectivamente), ofrecen la modalidad de establecer que los coasignatarios de usufructo, de uso, de habitación, ó de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de dicho usufructo, uso, habitación ó pensión, y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario. Los mismos extremos comprende el art. 1142 del Código del Salvador.

Por el contrario, el Código de Guatemala, se diferencia de nuestro Código: terminantemente dispone en su art. 890 que no hay derecho de acrecer entre los legatarios, si el testador no lo establece clara y expresamente.

Del mismo modo, Costa-Rica (art. 570), no concede este derecho á los legatarios.

Honduras (art. 1110), literalmente reproduce el art. 987 de nuestro Código.

Méjico, en su art. 3660, hace extensivas también todas sus disposiciones relativas al derecho de acrecer á los legados, y con respecto al usufructo, inspirándose en el mismo criterio que

nuestro Código, agrega (art. 3659), que cuando conforme á la ley deba tener lugar el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente á un usufructo, la porción del que falte acrecerá siempre al otro, aunque aquél falte después de haber aceptado y aunque haya estado en posesión de su parte de usufructo.

Perú, como el de Guatemala, también sostiene que no hay derecho de *acrecencia* entre los legatarios (art. 797), si el testador no lo establece clara y expresamente.

Uruguay consigna que lo dispuesto en los artículos anteriores (derecho de acrecer), se observará igualmente en los legados (art. 1022).

Para terminar esta enumeración de los principales Códigos hispano-americanos, Venezuela (art. 855), con su habitual precisión, determina que las disposiciones con respecto á las obligaciones á que estaría sometido el coheredero que falta, se aplica también al colegatario en cuyo provecho tiene lugar el derecho de acrecer y al heredero ó legatario á quienes es beneficiosa la caducidad del legado.

SECCION CUARTA

DE LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Ideas generales.

El hecho de quedar encinta la viuda, la existencia de bienes sujetos á reserva y el derecho de acrecer, de que tratan las secciones anteriores, son casos especiales que sólo algunas veces tienen lugar. En cambio, las disposiciones de esta sección ofrecen constante aplicación práctica, porque la aceptación ó la repudiación de la herencia constituye un acto esencialísimo, exigido á todo heredero forzoso ó voluntario, testamentario ó legítimo.

El cuadro de esta materia presentaba caracteres especialísimos en Roma. Por una parte, se imponía á veces la necesidad de ser heredero, atacando la libertad del hombre; por otra, el sucesor podía afirmarse que perdía su personalidad, absorbida

por la del difunto: el heredero era el mismo testador que desaparecía físicamente de la tierra, mas continuaba existiendo jurídicamente; por último, esa aceptación, á veces forzosa, y esa identificación de dos personalidades distintas, producía el efecto, en todo caso, de confundir los bienes del heredero con los del testador, y quedar afectos, como un solo cuerpo, al cumplimiento de todas las obligaciones del difunto.

La aceptación, además, revestía una importancia grandísima. Sólo por ella, y desde ella, no desde la muerte del causante, se transmitía la herencia.

Han pasado muchos siglos, y aun no ha logrado el derecho moderno emanciparse por completo de aquella férrea doctrina: aun quedan restos de aquella cadena, que, á la sombra de una ficción, producía la anulación de la persona del vivo por la persona del muerto; aun existe como regla general lo que debería ser la excepción. Justo es confesar, sin embargo, que la doctrina ha cambiado por completo, había cambiado ya en los últimos tiempos del derecho romano; y que lo que aun queda, como reminiscencia de una época que ya pasó, se halla tan profundamente modificado, que proporciona medios para evitar todos los inconvenientes de la antigua doctrina. Hoy no hay ningún heredero forzado: todos pueden libremente aceptar ó no; hoy el heredero no confunde su personalidad jurídica con la del causante, ni sus bienes propios con los heredados, sino mediante su voluntad; hoy la identificación de ambas personalidades, aun voluntaria, no es nunca tan completa que hasta los vicios de la posesión hayan de entenderse transmitidos, como lo prueba el artículo 442; hoy, por último, la herencia se transmite por la muerte del causante, y desde ese momento, mediante la aceptación, ésta tiene efecto retroactivo.

La aceptación pura y simple tenía una explicación lógica y racional en el antiquísimo sistema de copropiedad familiar. El jefe era el administrador, la familia la propietaria. Muerto el jefe, cambiaba sólo la persona del que administraba; mas los bienes continuaban en la familia, cuya personalidad natural-

mente no se extinguía, y como ella formaba el sujeto de todos los derechos y de todas las obligaciones en su nombre creadas por el jefe, es claro que esas obligaciones debían siempre ser cumplidas, no ya con la indivisa participación que pudiera estimarse corresponder al difunto, sino con todos los bienes de la comunidad.

Pudo después considerarse tal sistema altamente moral y exigido por el buen nombre del difunto, cuando la propiedad cambió de carácter y se hizo individual. Hermosa idea, sin duda, la de perpetuar la personalidad jurídica del causante, y no declarar rotas por la muerte cuantas relaciones creó durante su vida. Pero ya se trataba, no de una verdad, sino de una ficción; ya había que recurrir á una imposición legal violenta, que al rebasar los límites naturales de la transmisión jurídica, no pudo sostenerse, y de aquí el paliativo del derecho de deliberar, y al fin el remedio de la aceptación á beneficio de inventario.

Y no ha sido posible ya retroceder, ni lo será nunca, mientras la propiedad no vuelva á ser familiar. Lejos de eso, Méjico, Campeche y Baja California, y lo mismo el Fuero de Aragón, rompiendo por completo con principios jurídicos antes indicados, sólo admiten una forma de aceptación: la aceptación á beneficio de inventario.

Ya hemos dicho que hoy el heredero es libre para aceptar la herencia puramente ó á beneficio de inventario; pero aun es aquélla la regla y ésta la excepción, y por eso la regla se impone en virtud de ciertos hechos ó determinadas omisiones.



Cesare Losana distingue entre el momento en que se abre la sucesión, el en que se defiere, y el en que se adquiere.

La sucesión de una persona *se abre* en el momento de su muerte.

Se defiere en el momento en que *puede* ser aceptada.

Se adquiere mediante la aceptación.

La sucesión se abre y se defiere ordinariamente en el mismo

momento: el de la muerte del causante. Mas si el heredero es un sér que aun no ha nacido, ó la institución es condicional, esos momentos se separan, y la herencia no se entiende deferida hasta el nacimiento en condiciones viables, ó hasta el cumplimiento de la condición.

La aceptación es siempre posterior, pero sus efectos se retrotraen al día de la muerte del causante.

En el derecho *romano* la aceptación de la herencia influía en la validez del testamento, porque al no aceptarse la sucesión, y no haber, por tanto, heredero, todas las disposiciones testamentarias caían por tierra, y el testamento quedaba inútil. La aceptación transfería al heredero la propiedad de los bienes hereditarios sin retrotraer sus efectos al día de la muerte del causante; pero el heredero, aunque dueño, no adquiría la posesión mientras no ocupase materialmente esos bienes. De aquí, que aunque fuesen detentados por un tercero, el heredero no podía llamarse despojado, ni podía entablar las acciones posesorias. A su vez, el heredero que renunciaba no se desprendía de derecho alguno, porque nada adquiría mientras no mediase su aceptación.

En el derecho *francés*, la propied y la posesión de los bienes se transmiten de pleno derecho del causante al heredero, por el solo hecho de la muerte; pero el heredero no puede serlo contra su voluntad. De aquí la necesidad de aceptar ó renunciar la herencia.

El heredero que renuncia, se desprende en realidad de un derecho que le confiere la ley; mas puesto que no quiere admitirlo, se entiende que nunca ha sido tal heredero. El que acepta, nada adquiere por la aceptación, porque el derecho hereditario le correspondía ya con anterioridad, por la voluntad del causante ó por virtud de la ley en la sucesión intestada, y así, en el momento de la aceptación, ese derecho estaba ya en el patrimonio del heredero, como dice Laurent. La aceptación es sólo la confirmación de la transmisión conferida por la ley.

El derecho *italiano*, según Cesare Losana, se separa lo mis-

mo del derecho romano que del derecho francés. La propiedad y la posesión de los bienes hereditarios no se transmiten al heredero por el hecho de la muerte del causante, sino por el hecho de la aceptación, de modo que ésta no confirma una transmisión ya realizada por la ley ó por la voluntad del testador, sino que determina la realidad de la transmisión y de la adquisición, aunque los efectos se retrotraigan, cuando se acepta, al día de la apertura de la sucesión.

Dados los efectos de la aceptación y de la renuncia, no creemos necesaria una investigación puramente teórica sobre estas cuestiones, pues en todo caso la doctrina legal de nuestro Código resulta clara.

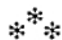
Los *derechos* á la sucesión de una persona, dice el art. 657, *se transmiten* desde el momento de su muerte.

La *posesión* de los bienes hereditarios, dice el art. 440, se entiende *transmitida* al heredero sin interrupción, y desde el momento de la muerte del causante, *en el caso de que llegue á adirse* la herencia. El que válidamente repudia una herencia, se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

La aceptación y la repudiación de herencia son actos enteramente voluntarios y libres, afirma el art. 988, añadiendo en el 989, que los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

De estos artículos dedúcese la doctrina de nuestro Código. ¿Qué importa que por la aceptación se adquiera retroactivamente, ó que la aceptación confirme solamente la adquisición ó transmisión deferida por el testador ó por la ley? Es lo cierto que nadie adquiere, ni por contrato, ni por donación, ni por testamento, ni por ley, contra su voluntad; que la aceptación siempre es precisa, y que sólo el concurso de la oferta y de la aceptación produce la transmisión ó paso de derechos de una persona á otra. Lo único especial en materia de sucesiones testada ó intestada, consisten en que se separan los dos momentos, el de la oferta y el de la aceptación, que no concurren simultáneamente la volun-

tad del que da y la voluntad del que recibe, y que al reunirse esas circunstancias, al existir esa conformidad, se opera, como es natural, la transmisión, lo mismo de la posesión que de la propiedad, haciendo arrancar sus efectos no desde la aceptación, sino desde la muerte del causante, fecha para la cual dispuso de sus bienes el testador ó designó herederos la ley.



Aceptación significa consentimiento para adquirir, admitir ó recibir lo que á una persona se le transfiere, encarga ó entrega.

La aceptación de la herencia es el acto por el cual la persona llamada á suceder á título universal por el testador ó por la ley demuestra su voluntad de hacer suya la universalidad de derechos y obligaciones que se le transfiere.

La repudiación es, por el contrario, la manifestación de no admitir al heredero designado por la ley ó por el testador esa misma universalidad.

La aceptación propiamente dicha es en la ley la aceptación pura, que viene á confundir la personalidad jurídica del sucesor con la de su causante. Existe, además, una aceptación especial, llamada á beneficio de inventario, por la que el heredero demuestra su voluntad, pero con ciertas restricciones que impiden esa confusión de personalidades y esa sucesión en todas las obligaciones del causante, mediante la separación de patrimonios. El heredero en tal caso conserva su independiente personalidad, y de las cargas de la herencia responden solamente los bienes y derechos que el causante dejó á su fallecimiento.

Para que exista verdadera renuncia ó aceptación se requiere:

1.º Que la herencia se halle realmente transmitida por el testador ó por la ley al aceptante, ó aquél en cuyo nombre se aceptó, para cual es preciso:

a) Que haya muerto la persona de cuya sucesión se trate. Á la muerte equivale la declaración de presunción de muerte por ausencia (art. 991).

b) Que sobreviviendo el heredero al causante y siendo ca-

paz de heredar, tenga conocimiento de la muerte del causante y de su derecho á la herencia (art. 991).

c) Que el que acepte sea en realidad el llamado por la ley ó por el testador.

Además, en caso de instituirse heredero á un póstumo ó de corresponder á éste la herencia, es necesario que nazca en condiciones viables, y en caso de hallarse sujeta la institución á condición suspensiva, es preciso que se verifique el cumplimiento de la condición, pues aunque pueda aceptarse antes de este cumplimiento, queda ligada la aceptación á la institución.

2.º Que la aceptación sea pura y de toda la herencia, ó cuota de ella correspondiente separadamente al heredero (art. 990).

Existente la aceptación, para ser válida ha de reunir las circunstancias siguientes:

1.ª Que la aceptación haya sido hecha por personas capaces, ó guardando en cada caso las formalidades legales (artículos 992 á 996).

2.ª Que el consentimiento haya sido consciente y libre (artículo 998).

Para la validez de la renuncia se requieren las mismas circunstancias, y además un instrumento público ó auténtico, ó escrito ante juez competente (art. 1008).

Son caracteres esenciales de la aceptación y de la renuncia:

1.º Ser enteramente voluntaria y libre (art. 988).

2.º Ser irrevocable ó absoluta (art. 997).

3.º Tener efecto retroactivo (art. 989).

4.º Haber de ser pura, no condicional ni á plazo (art. 990).

5.º Ser indivisible (art. 990).

Pasemos al examen del articulado, dentro del cual expondremos la legislación antigua ó precedentes históricos de la doctrina del Código, advirtiendo solamente como idea general, que nuestros cuerpos legales anteriores á las Partidas no hablan de la aceptación ni de la renuncia de herencia, que las Partidas copiaron el Derecho romano, y que el Ordenamiento de Alcalá modificó esencialmente ese derecho, dando á la institución, al

basarla en nuevos principios, el carácter que reviste en los tiempos modernos.

La base 18 sólo exige en esta materia el desenvolvimiento con la mayor precisión posible de las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y comentadas por la jurisprudencia.

ARTÍCULO 988

La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres.

ARTÍCULO 989

Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

PRECEDENTES: *Ley 21, tít. 3.°, Partida 6.ª*—Herederos necesarios, suyos y necesarios, y voluntarios ó extraños. Véase esta ley en el comentario del art. 806.

Ley 11, tít. 6.°, Partida 6.ª—La insertaremos al comentar los artículos 998 al 1000, que es su lugar más oportuno.

COMENTARIO: I.—Hemos dicho que uno de los caracteres esenciales de la aceptación y de la renuncia es el de ser actos enteramente voluntarios y libres.

Remitiéndonos á lo expuesto sobre herederos voluntarios y forzosos al comentar el art. 806, el 988 requiere apenas explicación.

Se relaciona dicho artículo principalmente con los 997, 999 y 1002.

La voluntad libre para aceptar puede manifestarse en efecto por palabras ó por hechos que demuestren evidentemente la intención del heredero. La renuncia ha de ser siempre expresa y en la forma que marca el art. 1008. Con esta doctrina se conforma la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1897, de que brevemente nos ocuparemos en el art. 1006; mas con ella no se halla muy de acuerdo la resolución de la Di-

rección general de los Registros de 2 de Diciembre de 1892, cuyo examen más oportuno corresponde al art. 1008.

La expresión de la voluntad ha de reflejar fielmente la intención de aceptar ó de repudiar. El consentimiento que envuelve ó denota esta aceptación ó renuncia ha de darse con completo conocimiento de causa. Por esto no es válida la aceptación ó la renuncia arrancadas por el miedo, la fuerza ó el engaño, la que se funda en el error, y la que procede de personas incapaces. El art. 997 confirma el precepto del 988: por lo mismo que la aceptación es libre y voluntaria, no puede admitirse cuando sólo aparentemente existe voluntad.

El art. 1002 parece una excepción del principio, pues se impone como forzosa la acepción pura en determinadas circunstancias. El que ocupa ó sustrae cosas de la herencia, aparte la forma indigna de su proceder, que siempre merecería castigo, muestra su voluntad de ser heredero, aunque perjudicando á los demás interesados de la herencia, y la ley le considera tal. Si su intención era distinta por poder exceder las obligaciones del causante á sus bienes ó derechos, la ley le impone esa cualidad como pena por su conducta.

Hay otros casos que pueden parecer excepciones, pues á veces la ley deduce la aceptación del silencio del heredero ó de determinadas omisiones: pero advirtiendo previamente los efectos de tales omisiones, supone, y no sin algún fundamento, que no apresurándose el heredero á renunciar, está conforme con la aceptación.

II.—Otro de los caracteres esenciales de la aceptación y de la renuncia, al cual se refiere el art. 989, es el de tener efecto retroactivo.

Lo mismo en los contratos que en la donación, los efectos arrancan desde la aceptación. Hasta que ésta llega á conocimiento del que dona ú ofrece, el acto no se perfecciona, sin que se sienta la necesidad de dar á esa aceptación efectos retroactivos. El que ofreció ó donó puede retirar en el tiempo intermedio su ofrecimiento.

En la sucesión testada ó intestada las circunstancias son distintas. El transmitente ha muerto, con lo que su acto de disposición ha quedado irrevocable. Su personalidad jurídica, por otra parte, no se extingue, y para que no falte un momento, necesario es que esa personalidad sea representada y continuada sin interrupción por los herederos. Mediante la aceptación, se entiende que esa personalidad no ha faltado nunca, y de este modo se unen el momento de la transmisión que es el de la muerte del causante, con el momento de la adquisición representado por la voluntad de adquirir, fingiéndose simultáneos dos actos entre los que, natural y ordinariamente, media en realidad cierto espacio de tiempo.

Fundándose en estos principios la Dirección general de los Registros tiene declarado que el título de herencia puede inscribirse sin que conste la aceptación de la misma, pues esta aceptación constituye jurídicamente una condición suspensiva de la perfecta transmisión del dominio que, una vez cumplida, se retrotrae á la fecha en que se verificó aquélla, que fué la de la muerte del testador, y con arreglo al art. 16 de la ley Hipotecaria, son inscribibles los títulos traslativos del dominio sujetos á condiciones suspensivas. Resoluciones de 7 de Enero de 1875, 30 de Abril de 1878, 25 de Agosto de 1879, 5 de Octubre de 1880 y 22 de Enero de 1898.

Consecuencia de lo prescrito en los arts. 657 y 989, es lo preceptuado en el 1006.

En caso de presunción de muerte por ausencia, ha de tenerse presente que, sea la que fuere la fecha en que se declara por los Tribunales tal presunción, el ausente se reputa muerto al cumplir los noventa años de edad, ó al transcurrir treinta años desde que se ausentó, como acertadamente resuelven las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1899, y 6 de Julio de 1902. A esas fechas, debe pues, retrotraerse la aceptación de la herencia en el caso expuesto, y si las personas á quienes legalmente correspondía heredar en ese tiempo hubieren fallecido, ha de entenderse que transmitieron su derecho á sus herederos,

siendo éstos, con arreglo al art. 1006, los llamados á manifestar si aceptan ó repudian la sucesión.

III.—Mediante la aceptación, el heredero sucede en los derechos y obligaciones del causante, ya en absoluto, ya con las limitaciones que lleva consigo el beneficio de inventario.

La posesión que correspondía al causante en sus bienes, se entiende transmitida sin interrupción á sus herederos, en virtud del art. 440, y de aquí los preceptos de los arts. 885 y 886 relativos á los legados, y los de los arts. 1082 al 1087 relativos al pago de las deudas hereditarias. De aquí también que los herederos sean los llamados á ejercitar *las acciones posesorias* procedentes para la conservación y defensa de la posesión transmitida de derecho y sin necesidad de acto alguno de aprehensión material. La aceptación á beneficio de inventario exige determinadas modificaciones para garantía de los derechos de los acreedores hereditarios y testamentarios.

Lo que se dice de la posesión es aplicable á la propiedad y á cualquier derecho real que perteneciese al causante, pudiendo los herederos ejercitar *la acción reivindicatoria* ó cualquiera otra que hubiera podido ejercitar el difunto si hubiera continuado existiendo.

Pero puede ocurrir que todos los bienes de la herencia ó una gran parte de los mismos, se hallen en poder de tercera persona que los detente, ó que de buena fe se creyese heredero. Para conseguir esos bienes, el heredero legítimo á quien realmente corresponda la sucesión, puede entablar *la acción de petición de herencia*, la cual tiene el carácter y la duración de las acciones reales, sin perjuicio del derecho de los poseedores á adquirir por prescripción en un término más breve.

Por virtud de dicha acción, probado el derecho á la herencia ocupada por otra persona en concepto de heredero, puede pedirse la adjudicación de esa herencia, y la restitución de los bienes y derechos á ella pertenecientes, con las accesiones, frutos, indemnización por pérdidas y menoscabos, etc., que procedan según que mediare ó no buena fe en el poseedor.

Aparte la excepción de prescripción que puede oponer dicho poseedor, los preceptos de la ley Hipotecaria limitan también el ejercicio de la acción, y por eso expondremos brevemente la doctrina que en relación á esta cuestión se contiene en el art. 23 de dicha ley. Dice este artículo:

«Los títulos mencionados en los arts. 2.° y 4.° qu no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar á tercero.

»La inscripción de los bienes inmuebles ó derechos reales adquiridos por herencia ó legado, no perjudicará á tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma.

»Exceptúanse los casos de herencia testada ó intestada, mejora ó legado cuando recaiga en herederos necesarios.»

El segundo párrafo de este artículo es excepción del primero. El testamento puede estar revocado, los declarados herederos abintestato pueden no ser los más próximos parientes, ó no ser los únicos en el grado. Esto justifica la excepción que aun pudiera tener más alcance, porque el hecho de recaer un legado en un heredero forzoso no significa que su derecho deba respetarse más que cuando recae en un heredero voluntario, y porque el nacimiento de un póstumo, la preterición, ú otros hechos, pueden también modificar el derecho inscrito por los herederos nenesarios.

Resulta, pues, que las inscripciones de herencia á favor de herederos forzosos desde su fecha, y las extendidas á favor de herederos voluntarios, una vez pasados los cinco años, producen efecto contra tercero ó le perjudican, si bien ha de tenerse en cuenta que los herederos de los otorgantes de un acto ó contrato no se consideran terceros.

El objeto del párrafo 2.° del art. 23 con la excepción del párrafo 3.°, no puede ser otro que el de dejar á salvo desde luego los derechos de terceros que hubieren adquirido del causante, pero con especialidad los de los herederos que tengan mejor derecho á la sucesión. Estos deben disfrutar siempre un término de cinco años, á contar desde la primera inscripción de herencia ó de legado, para obtener é inscribir á su favor, previa declara-

ción de su mejor derecho ó reconocimiento de éste por los interesados, los bienes y derechos inscritos á favor de herederos voluntarios ó de personas que de los mismos deriven su derecho.

Después de los cinco años, si los bienes siguen, según el Registro, en poder de los herederos voluntarios, los de mejor derecho pueden reclamar y obtener dichos bienes, porque las relaciones entre ellos no son de terceros, resultando como si aun continuasen inscritos á favor del causante representado por su heredero voluntario, y vencido en la cuestión de mejor derecho á la herencia.

Pero si dichos bienes han pasado á terceros adquirentes y éstos tienen inscrito su título, los herederos de mejor derecho sólo pueden conseguir la restitución si reclaman antes de los cinco años marcados en el art. 23, pues si reclaman después, el derecho de esos terceros adquirentes se ha hecho firme, y sólo queda la acción personal contra los herederos que de buena ó mala fe ocuparon la herencia.

Concordancias.—Los principios generales de derecho contenidos en los arts. 988 y 989, son comunes en todos los Códigos.

Concuerdan, pues, casi literalmente, con los arts. 775 y 777 de los cuerpos legales de Francia y Bélgica, 2021 y 2023 del de Portugal y 942 y 943 del de Italia.

Los Códigos hispano-americanos, salvo ligeras modificaciones que no alteran el principio general, establecen en su esencia la misma doctrina. Argentina estatuye que las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse, y que la aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión (art. 3345), y con respecto á los efectos de la aceptación, expresa (art. 3378) que aceptada la herencia queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante desde el día de la apertura de la sucesión.

Bolivia (art. 542) determina que ninguno está obligado á aceptar ni á renunciar la herencia que se le ha dado. No tiene este Código concordante especial directo con el precepto de nuestro art. 989.

Chile (arts. 1225 y 1239), Colombia (arts. 1282 y 1296), Ecuador (arts. 1215 y 1229) y el del Salvador (arts. 1165 y 1178), afirman que todo asignatario puede aceptar ó repudiar libremente, y que los efectos de la aceptación ó repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido diferida. Otro tanto se aplica á los legados de especie.

El art. 527 del Código de Costa Rica concuerda con el 988 del español.

Honduras sigue literalmente á nuestro Código en sus artículos 1111 y 1112.

Guatemala, respecto de la materia, dice (art. 847) que nunca puede obligarse al heredero á la aceptación de la herencia, y que una vez aceptada, es propietario de ella desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata y son suyos los frutos y las ganancias y pérdidas de los bienes hereditarios.

El Código de Méjico, en su art. 3670, reproduce el 988 del español, con la sola adición de «para los mayores de edad».

Perú transcribe en sus arts. 750 y 762 las disposiciones antes expuestas del de Guatemala.

El Código de la República Oriental del Uruguay, en su artículo 1026, contiene las disposiciones de los dos artículos de nuestro Código, que comparamos.

El Código de Venezuela, prescindiendo del principio general de la voluntariedad de la aceptación y renuncia de la herencia, asienta los efectos y retroactividad de las mismas en sus artículos 908 y 918.

ARTÍCULO 990

La aceptación ó la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, á plazo, ni condicionalmente.

PRECEDENTES: *Ley 15, tít. 6.º, Partida* 6.ª—«Seyendo algund ome establescido por heredero en parte cierta, maguer él non sepa quanta es, bien puede entrar la herencia solamente que la entre con condicion de la uer, quanta quier que sea. Esto deue

fazer puramente sin ninguna condicion: ca si condicion alguna y pusiesse... ó si dixesse: So heredero fasta tal tiempo, non valdría nin ganaría por ende la heredad.»

COMENTARIO: La aceptación ó la repudiación de la herencia, según el art. 990, ha de ser pura y simple, y de toda la herencia.

I.—Aceptación ó repudiación pura.

El heredero no puede aceptar ni repudiar á plazo ni condicionalmente.

A) *Á plazo*.—El art. 989 establece el momento desde el cual ha de surtir efecto la manifestación de la voluntad del heredero; no puede, pues, pretenderse que esos efectos empiecen después, ni aun desde el día de la aceptación.

Tampoco es posible fijar un término para la cesación de todo efecto jurídico, más allá del cual, el heredero deje por su voluntad de serlo, y la personalidad del difunto se extinga ó quede interrumpida.

El heredero que acepta, consiente en la adquisición del derecho que se le transmite con todas sus consecuencias. No se puede representar al causante por fracciones de tiempo.

La aceptación ó la renuncia desde ó hasta cierto término, como formas de manifestación de la voluntad contrarias á la ley, son nulas. No existirán, por tanto, en realidad, en virtud de tales manifestaciones, y habrán de repetirse en forma legal. á menos que, por los actos de las personas llamadas á heredar, se deduzca su voluntad de ser herederos, con arreglo al artículo 999.

Especialmente se refiere la ley al heredero propietario, verdadero continuador de la personalidad del causante, sin que en nada contradiga el derecho del testador para instituir herederos desde ó hasta cierto día, con arreglo al art. 805. Estos herederos aceptarán ó renunciarán el derecho que se les transmite, sin poder pretender distinto plazo, ó empezar ó dejar de ser heredero, antes ni después de lo establecido por el testador.

B) *Forma condicional.*—Está igualmente prohibido dejar en lo incierto el hecho de la aceptación ó de la renuncia, sometiendo su eficacia al cumplimiento ó incumplimiento de determinada condición.

La ley establece la única condición admisible que puede añadirse á la aceptación, la de atender al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, sólo con los bienes de la herencia ó hasta donde éstos alcancen (arts. 998, 1010 y 1023).

El beneficio de inventario hace inútil é innecesaria toda aceptación ó renuncia condicional. Los interesados en la herencia, como acreedores y legatarios, necesitan saber fijamente si el heredero acepta ó no y en qué forma; su derecho no puede quedar á merced de las condiciones á que dicho heredero subordine su voluntad.

La aceptación condicional, como la aceptación á plazo, ha de estimarse nula.

II.—Indivisibilidad de la aceptación ó la renuncia.

El art. 990 dice que la aceptación ó la repudiación *de la herencia*, no podrá hacerse *en porte*.

Cuando hay un solo heredero, no puede haber duda alguna en la aplicación del precepto. O acepta todo, ó nada. Siempre bajo la presión de la regla general, que es la aceptación pura ó sin beneficio de inventario, la ley juzga imposible que el heredero continúe á medias la personalidad del causante, ó le represente en una fracción.

Cuando hay varios herederos testamentarios, y cada uno de ellos tiene asignadas cosas determinadas, ó cuotas distintas é independientes de la herencia, que no deben aumentarse después, tampoco habrá cuestión por regla general. Cada heredero con independencia de los demás, como reconoce el art. 1007, aceptará ó renunciará la herencia ó la parte de ella que le hubiere sido deferida por la ley ó por el testador, y aunque alguno renuncie, como la porción vacante no ha de recaer en los que aceptaron, sino en herederos nuevos, es indiferente que el acto

de aceptar se refiera al total de la herencia ó á la fracción correspondiente á cada asignatario. Sus derechos y sus obligaciones siempre serán los mismos, porque la concurrencia de herederos no puede menos de limitar prácticamente la personalidad de cada sucesor que, necesariamente, debe ser compartida con otros.

Mas, si uno de los varios herederos renuncia, y otro de ellos que aceptó, está designado como sustituto de aquél por el testador, ó es el heredero legítimo con arreglo á la ley; si en la sucesión intestada unos herederos aceptan y otros renuncian; si procede entre algunos de los herederos el derecho de acrecer, el que acepta por su parte la sucesión, ¿se entiende que por el principio de indivisibilidad ha aceptado cuantas cuotas ó porciones puedan, por cualquier circunstancia, corresponderle después, ó esa aceptación, que no puede hacerse en parte, se refiere sólo á la porción asignada á cada heredero de antemano, y no impide la renuncia posterior de otra parte ó cuota que en él más tarde venga á recaer?

La herencia no puede aceptarse ó repudiarse en parte: este es el precepto. Su fundamento está en que el testador ó la ley, al conferir la cualidad de heredero, designan un sucesor en todos los derechos y obligaciones del causante, escogen un representante de su personalidad. Si se acepta la representación, se admite toda, no una parte de la misma; si se renuncia, no se admite nada, no se quiere representar.

La sucesión en los bienes es lo secundario; la sucesión de la persona jurídica es lo esencial.

Puesta en estos términos la cuestión, no hay que hablar de cuotas ó partes separadas de bienes. La continuación de la personalidad jurídica del difunto, aunque corresponda á varios, es siempre una é indivisible.

Nuestro Código al hablar de la herencia y no de cada cuota, y al no establecer excepción alguna, parece aceptar este fundamento y la doctrina que de él se desprende.

El art. 1007 da independencia á cada heredero para aceptar

ó repudiar su cuota, y aun cuando sólo se refiere á las distintas personas llamadas á suceder, y no á cada cuota que recaiga en un solo heredero, no cabe duda que se inspira en un criterio de libertad, y que hay casos en los cuales, un solo sucesor, llamado á una cuota independiente de la suya, puede estimarse como un nuevo heredero, libre para aceptar ó repudiar la nueva participación.

De aquí que parezca lo más acertado distinguir dos casos:

a) En la sucesión *legítima* no hay más herederos que los parientes llamados por la ley que sean capaces y acepten la sucesión: ellos representan el grupo designado para suceder en toda la herencia, como todos los descendientes de un hijo, ó todos los hijos de un hermano representan juntos, ó cada uno de por sí, á este hermano ó á aquel hijo, cuando procede el derecho de representación. La incapacidad ó la renuncia de otros parientes del mismo grado designado para suceder, no deben ni pueden ejercer influencia en la extensión de la aceptación verificada por los herederos verdaderos y únicos, que en definitiva representan el orden y grado llamado por la ley. El heredero que acepta, acepta todo cuanto en definitiva le corresponda, la sucesión entera, nunca una fracción.

Cuando procede el *derecho de acrecer*, la consecuencia es asimismo evidente. El testador, al dejar el total de la herencia á dos ó más herederos, ó el total de una cuota ó de un objeto á cada uno de varios partícipes, demuestra su intención de que el todo sea para cada uno de los coasignatarios, y que si alguno falta, queden como únicos sucesores en esa herencia, cosa ó porción, los demás conjunta ó indivisamente llamados á la misma. Cada uno de los que aceptan admiten forzosamente el total del objeto asignado, siendo indiferente que los otros acepten ó no.

b) En caso de *sustitución*, cuando uno de los herederos es sustituto de otro á quien se asigna cuota distinta, si éste renuncia, Cesare Losana estima que el otro que aceptó su parte puede repudiar la que le corresponda por sustitución, porque el principio de indivisibilidad se ha de referir á cada heredero, con inde-

pendencia de los demás, y á cada cuota con separación de las otras. Lo mismo sostiene en caso de deferirse á un solo heredero una parte de la herencia puramente y otra con condición: puede aceptar la primera y rechazar la segunda, y viceversa. O cuando aceptada por un heredero testamentario su cuota, recae después otra distinta en él, por renuncia de otro heredero, y en virtud de la ley.

Aun cuando el fundamento asignado á la indivisibilidad de la aceptación parece aconsejar aun en estos casos una solución distinta, justo es confesar que debe atenderse algo más al principio de la libertad en la aceptación y á la intención de cada heredero, y algo menos al rigorismo de los principios jurídicos sobre indivisibilidad en la representación, y, sobre todo, que el ambiente de libertad en que se inspira el art. 1007 permite su aplicación al caso, y consiente la apuntada solución defendida por Losana.

Concordancias.—Enumeraremos las más importantes de los Códigos hispano-americanos.

El Código de la República Argentina (art. 3351) expone la extensión y efectos de la aceptación y de la renuncia. La aceptación ó la renuncia, dice, sea pura ó simple, sea bajo beneficio de inventario, no puede hacerse á término y sólo por una parte de la herencia. La aceptación ó la renuncia hecha á término y sólo por una parte de la herencia, equivale á una aceptación íntegra. La aceptación hecha bajo condición se tiene por no hecha. Ahora bien, el Código argentino, en el artículo siguiente 3352, permite que los coherederos puedan efectuar la renuncia de la herencia condicionalmente ó bajo reservas.

Bolivia no tiene precepto concordante.

Chile, Colombia y Ecuador (arts. 1227, 1296 y 1217 respectivamente), asientan la misma regla que los de nuestro Código.

Guatemala (art. 861), después de prefijar sustancialmente el precepto que comentamos, añade, la aceptación ó la renuncia comprenderá toda la herencia correspondiente al heredero. La misma disposición se contiene en el art. 763 del Código del Perú.

Honduras (art. 1113) Costa Rica (art. 527), Méjico (artículo 3673) concuerdan literalmente con el art. 990 de nuestro Código.

El del Uruguay expresa (art. 1027) que no se puede aceptar ó repudiar condicionalmente, ni desde ó hasta cierto día, toda vez que la aceptación y repudiación son indivisibles y no pueden hacerse sólo en parte, pero si la herencia deferida á una persona se transmite á sus herederos, puede cada uno de los transmisarios aceptar ó repudiar su cuota.

Esta modificación, inspirada en un criterio de libertad, además de dar mayor precisión á la doctrina, se consigna también en los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y el del Salvador (artículos 1228 y 1229, 1285 y 1286, 1218 y 1219, y 1168 y 1169 respectivamente), los cuales establecen:

«No se puede, dicen, aceptar una parte ó cuota de la asignación, y repudiar el resto; pero si la asignación hecha á una persona se transmite á sus herederos, puede cada uno de éstos aceptar ó repudiar su cuota». «Se puede, añaden aquellos Códigos, aceptar una asignación y repudiar otra; pero no se podrá repudiar la asignación gravada y aceptar las otras, á menos que se defiera separadamente por derecho de acrecer, ó de transmisión, ó de sustitución vulgar ó fideicomisaria, ó á menos que se haya consignado al asignatario la facultad de repudiarla separadamente».

Ultimamente, Venezuela, en su art. 904, previene que la aceptación no puede hacerse condicional ni parcialmente.

ARTÍCULO 991

Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona á quien haya de heredar y de su derecho á la herencia.

PRECEDENTES: *Ley 14, tít. 6.º, Partida 6.ª*—«Cierto deue ser el que es establescido por heredero ó ha derecho de heredar los bienes de otri por parentesco, de la muerte de aquel á quien quie-

re heredar. Ca de mientra que dubdare, si es biuo ó muerto, non puede entrar nin ganar la heredad del, nin la puede renunciar, maguer quiera. E otrosí, el que fuesse establescido por heredero so alguna condición, non puede entrar la heredad nin desampararla fasta que la condición sea cumplida. E aun dezimos, que todo ome, que establescieren por heredero, deue ser cierto de la persona de aquel que lo establesce, si es ome que pueda facer testamento ó non. Ca si tal ome fuere á quien defiendan las leyes deste libro que non pueda facer testamento, non puede el heredero entrar la heredad de tal home. E como quier que la entre non gana derecho ninguno en ella».

COMENTARIO: El art. 991 comprende el primero de los requisitos necesarios para la validez de la aceptación ó renuncia, cuyo requisito abarca como hemos expuesto en las ideas generales, las circunstancias siguientes:

a) Que haya muerto la persona de cuya sucesión se trate.

b) Que sobreviviendo el heredero al causante y siendo capaz de suceder, tenga conocimiento de la muerte del causante y de su derecho á la herencia.

c) Que el que acepte sea en realidad el llamado por la ley ó por el testador.

A) La sucesión es la transmisión de los bienes por causa de muerte. No puede sucederse á una persona viva. El art. 657 es terminante. La aceptación hecha antes de morir el causante es completamente ineficaz, aunque se haga, como dice Pothier, en la creencia de ser cierta la muerte, y aunque el causante muera en efecto, poco después, y resulte ser su heredero el aceptante.

Descansa el principio en dos razones poderosas, una que hace relación al dueño de los bienes, y otra que atañe á su presunto sucesor. 1.ª La voluntad del hombre es mudable hasta su muerte y puede hasta ese momento manifestarse, por lo que el que acepta antes de esa época, se mueve en el vacío, no acepta nada porque no tiene derecho á nada, no es aun heredero ni por voluntad del testador, ni por disposición de la ley. 2.ª El suce-

sor ha de sobrevivir al causante y tener capacidad de heredar. Aun muriendo al mismo tiempo, no tiene derecho á suceder (artículo 33). ¿Cómo podría estar cierto de haber de corresponderle un derecho tan inseguro? Las esperanzas no requieren aceptación ni renuncia.

El causante, por tanto, ha de haber muerto en realidad, y presumirse su muerte en virtud de declaración ó sentencia firme.

B) No basta, sin embargo, el anterior requisito. El art. 991 supone la muerte, pero exige más: que el heredero esté cierto de ella y de su derecho á heredar. Tan ineficaz es la aceptación ó la renuncia de la herencia de una persona viva que se crea muerta, como la de una persona muerta cuando el heredero ignora este hecho. La aceptación, como dice Laurent, es un acto de voluntad, y la voluntad supone el conocimiento de lo que se quiere. Ni basta aceptar ó repudiar por meras conjeturas sobre tan importantes extremos como el de la muerte del causante y el derecho del sucesor; es necesario estar cierto, manifestar la voluntad con pleno conocimiento de haber llegado el caso de hacerlo. Cuando consta al heredero instituído que el testamento es falso ó nulo; cuando aún no sabe si existen ó no parientes más próximos, ó si ha sido ó no designado por el testador para suceder, no puede hallarse cierto de su derecho á la herencia el aceptante, y su aceptación ó su renuncia son eficaces.

Consecuente con esta doctrina, declara el Tribunal Contencioso-administrativo, en sentencia de 8 de Junio de 1901, que el hecho de solicitar una persona la declaración de ser heredero, no implica aceptación de herencia, sino sólo medio adecuado para adquirir la certeza de ser realmente tal heredero, por lo que no sólo cabe renunciar después, sino que, legalmente, no debe nunca renunciarse antes de recaer esa declaración.

C) Por último, la aceptación ó la renuncia ha de hacerse por la persona á quien realmente corresponda la herencia al morir el testador ó causante. El designado en el testamento como sustituto á falta del instituído en primer término, ó el designado

por la ley para heredar cuando falten otros parientes más próximos, no tienen un derecho actual y definitivo, sino posible ó eventual. Así, pues, su aceptación ó su renuncia son ineficaces, aunque estén ciertos de su derecho, y aunque después pase á ellos el derecho á la herencia, porque en el momento de manifestar su voluntad no eran herederos.

Caso distinto es aquel en que acepta un heredero instituído en primer término, pero con condición. Su derecho, si la condición se cumple, arranca de la muerte del testador, por lo que la aceptación es eficaz si se verifica tal cumplimiento, y sólo será ineficaz en el caso contrario. La ley 14, tít. 6.º, Partida 6.ª, disponía otra cosa; pero estamos conformes con la opinión de Goyena; muerto ya el testador, ¿por qué no ha de poderse admitir ó renunciar un derecho condicional?

En el caso de ser instituído heredero ó designado por la ley un póstumo para suceder, véanse los arts. 959 al 967.

Concordancias.—El Código civil de la Argentina, á diferencia de nuestro derecho que exige como requisitos esenciales para adir ó rechazar la herencia, la muerte del causante y la preexistencia del derecho, establece (art. 3346) que el heredero presuntivo que hubiere aceptado ó repudiado la sucesión de una persona *viva*, podrá, sin embargo, aceptarla ó renunciarla después de la muerte de esa persona.

Bolivia (art. 544), categóricamente, prescribe que en ningún caso se podrá renunciar la sucesión de un *hombre vivo*, y que cualquier contrato de esta naturaleza es nulo.

Los Códigos de Chile (art. 1226), Colombia (art. 1283), Ecuador (art. 1216) y el del Salvador (art. 1166), concuerdan sustancialmente con el art. 991 de nuestro Código, al decir que no se puede aceptar asignación alguna sino después que se ha deferido; pero después de la muerte de la persona, de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición.

Guatemala y Perú carecen de precepto concordante. Honduras reproduce nuestro artículo en el 1113 de su Código.

Méjico, como nuestro Código establece que nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trata (art. 3686) prohibiendo en el artículo anterior, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente puede tener á su herencia.

Uruguay (art. 1028) establece la misma doctrina de que nadie puede aceptar ó repudiar sin estar cierto de haberse abierto la sucesión y de su calidad de heredero. Venezuela en su artículo 927 sustenta el mismo criterio que el Código civil mejicano antes expuesto.

ARTÍCULO 992

Pueden aceptar ó repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

La herencia dejada á los menores ó incapacitados podrá ser aceptada al tenor de lo dispuesto en el número 10 del art. 269. Si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha á beneficio de inventario.

La aceptación de la que se deje á los pobres corresponderá á las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y, en su defecto, á las que señala el art. 749, y se entenderá también aceptada á beneficio de inventario.

ARTÍCULO 993

Los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que á las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.

ARTÍCULO 994

Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno.

ARTÍCULO 995

La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido, ó en su defecto, con aprobación del Juez.

En este último caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.

ARTÍCULO 996

Los sordomudos que supieren leeer y escribir aceptarán ó repudiarán la herencia por sí ó por medio de Procurador. Si no supieren leer y escribir, la aceptará á beneficio de inventario su tutor, con sujeción á lo que sobre esta incapacidad se preceptúa en el art. 218.

I.—Capacidad para aceptar ó repudiar la herencia.

PRECEDENTES: En nuestras antiguas leyes existen precedentes con relación á los arts. 992 y 995, no así respecto á los 993, 994 y 996.

La ley 13, tít. 6.º, Partida 6.ª, permitía aceptar herencias á «todo ome que non es sieruo, e que non es en poder de padre, e que non es desmemoriado, e que es mayor de veinte y cinco años».

Por los desmemoriados ó locos aceptaban sus representantes legítimos. En cuanto á los menores de edad, se establecía esta distinción: En nombre de los menores de siete años debían aceptar su padre ó su tutor; los menores de catorce años y mayores de siete podían aceptar con la intervención de sus tutores ó de sus padres, y los mayores de catorce años y menores de veinticinco no sujetos á guarda ni á patria potestad, podían aceptar por sí mismos, y si la aceptación les era perjudicial podían después arrepentirse y desamparar la herencia en virtud del beneficio de restitución: disposición esta última confirmada en la ley 7.ª, tít. 19, Partida 6.ª

La ley 54 de Toro prohibía á la mujer casada aceptar puramente la herencia y repudiarla á no mediar la licencia de su marido; mas sin ella, podía aceptar á beneficio de inventario.

COMENTARIO: El Código ha modificado la doctrina de nuestras antiguas leyes, y en los arts. 992 á 996, ha encerrado la materia referente á la capacidad para aceptar y repudiar herencias, materia que indudablemente se ha procurado completar y que, sin embargo, como veremos, aun no resulta completa.

Laurent, dice: «Aceptar, es manifestar la voluntad de ser heredero: es, por tanto, preciso tener capacidad para querer; pero esto no basta. La aceptación implica una obligación: cuando es pura y simple, el heredero queda obligado al pago de todas las deudas del difunto; cuando es á beneficio de inventario, el heredero está obligado á administrar quedando responsable de su gestión.» La renuncia, á su vez, equivale á una enajenación, pues adquiriéndose el derecho hereditario en el momento de la muerte, renunciarlo es desprenderse de él.

Nuestro Código sienta ante todo una regla general. Pueden aceptar ó repudiar una herencia todos los que tengan la libre *disposición* de sus bienes. Otros códigos hablan de libre *administración*, ó de capacidad *para obligarse*, lo cual es distinto. Si el art. 992 se ha expresado con propiedad, y como debe suponerse, con perfecto conocimiento de la trascendencia de su declaración, que parece tomada del Código de Méjico, no cabe duda que se confiere una excepcionalísima importancia al acto de la renuncia ó aceptación, pues se equipara al de la disposición ó enajenación. Comprendemos este rigor respecto á la renuncia y aun á la aceptación pura; no lo comprendemos respecto á la aceptación á beneficio de inventario, para la cual debiera ser suficiente la libre administración. Y es, sin embargo, evidente que el artículo 992 en su primer párrafo, se refiere á toda renuncia ó aceptación, pues las excepciones, tales como la del tutor sin acuerdo del consejo de familia, se expresan separadamente, y aunque en ellas el legislador muestra claramente que no concede la misma importancia á una renuncia que á una aceptación

con beneficio de inventario, la regla general es siempre la de exigirse capacidad para disponer.

Ahora bien: pudiendo corresponder la herencia á personas capaces de suceder, pero que no tengan la libre disposición de sus bienes, no pudiendo éstas aceptar ni repudiar por sí mismas, han de completar su capacidad sus representantes legítimos, y guardarse en cada caso especial las formalidades que exija la ley. A este propósito es digna de tenerse en cuenta la Resolución de la Dirección general de los Registros de 9 de Octubre de 1901, que en sus fundamentos doctrinales hubo de resolver.

La cuestión de que la madre viuda, que ha renunciado á todos los derechos que le correspondían en la sucesión de su difunto marido, puede representar á sus hijos, puesto que han desaparecido los motivos de oposición que pudieran existir entre el interés de aquélla y el de sus hijos, sin que sea preciso para la eficacia de la renuncia que ésta fuese aceptada por los coherederos, porque con arreglo á lo prevenido en los arts. 988 y 982 del Código, la renuncia ó repudiación de la herencia es un acto puramente voluntario por parte del heredero, siempre que éste tenga la libre disposición de sus bienes.

Siguiendo al Código, distinguiremos entre las personas físicas individuales, aunque estén llamadas en grupo, como los pobres, y las personas jurídicas.

II.—Personas físicas ó individuales.

Existen reglas especiales con relación á los menores ó incapacitados sujetos á tutela, á la mujer casada, á los sordomudos, y á los pobres.

I. *Menores é incapacitados sujetos á tutela.*—(Art. 992, párrafo segundo.)

La regla es clara. En nombre de los menores sujetos á tutela y los incapacitados, acepta ó repudia el tutor. Este, por sí sólo, puede aceptar á beneficio de inventario; no puede aceptar pura-

mente ni repudiar, á no hallarse autorizado por el consejo de familia (núm. 10 del art. 269).

Previsto este caso, por tanto, en otro lugar del Código, era tal vez el que menos necesidad había de resolver en éste; pero podía dudarse en el caso de aceptación á beneficio de inventario y aun en el caso de renuncia en vista del núm. 1.º del art. 275.

El tutor no debe prescindir nunca del consejo de familia en asunto tan importante para no incurrir en responsabilidad, y si prescinde y acepta en nombre de la persona cuya guarda le fué confiada, debe declarar expresamente ante Notario, ó por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría ó abintestato, que lo hace á beneficio de inventario, procediendo antes ó inmediatamente después á practicar con todas las formalidades legales, un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia.

De estos requisitos, el segundo es esencialísimo; el primero, más bien que necesario, es conveniente. No puede decirse necesario, porque la aceptación hecha sólo por el tutor, ya declara la ley que se entiende hecha á beneficio de inventario, y pues que no puede ser de otro modo, parece que sobra toda manifestación ante juez ó ante Notario. Es conveniente, porque no se opone al precepto legal, sino que le confirma, y porque en todo caso, con arreglo al art. 1014, ha de pedirse al juez la formación del inventario, y al mismo tiempo pueden cumplirse los dos requisitos: la manifestación y la petición de esa formalidad legal.

Si por no haberse practicado inventario legal y oportuno se irrogan perjuicios al menor ó incapacitado ó lo sufren los acreedores, el tutor será de ellos responsable.

II. *Mujer casada.*—(Art. 995.)

La mujer mayor de edad es, desde luego, capaz para aceptar ó repudiar la herencia. El matrimonio le impone, sin embargo, una limitación, porque constituída mediante él la sociedad conyugal, la ley designa al marido como jefe de la misma, y este jefe debe autorizar cuanto se haga. De aquí que exija el artículo 995 la licencia marital ccmo única formalidad ó requisito

para que la mujer casada acepte como tenga por conveniente ó repudie la herencia.

Mas el marido puede negar su licencia sin razón ó hallarse imposibilitado para prestarla, y en tales casos ha de intervenir la autoriddad judicial, concediendo ó negando á la mujer su aprobación.

No es justo, sin embargo, que contra la voluntad del marido la mujer, aceptando puramente con aprobación judicial una herencia, obligue los bienes de la sociedad conyugal, y de aquí el precepto del último párrafo del artículo, que requiere alguna aclaración.

En la primera edición del Código, el segundo párrafo del artículo 995 expresaba que en todo caso no podría aceptarse la herencia sino á beneficio de inventario; disposición tomada del artículo 826 del proyecto del Código de 1851 y defendida por Goyena.

Para alterar el texto, la sección de lo civil de la comisión general de codificación adujo las razones siguientes: «La condición impuesta á la mujer casada en el art. 995 de no aceptar herencias sino á beneficio de inventario, era en verdad excesiva é injustificada. Obligar á la hija á no recibir la herencia de sus padres ni la de sus hijos, sino con aquella protesta, era en muchos casos, y aun en los más, lastimar sus sentimientos de filial respeto y cariño sin razón valedera que lo justificase. Si en algunas circunstancias puede ser esta precaución necesaria, podrán utilizarla las mujeres á quienes favorezca, sin que sea menester obligarlas á ello. La comisión ha entendido que con esta facultad y con no responder en todo caso de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal existentes al ser aceptada la herencia, quedarán suficientemente protegidos los intereses matrimoniales.»

Desde luego se observa una diferencia entre lo preceptuado ahora en el artículo y lo expuesto por la Comisión. Según ésta, *en todo caso* se eximía de responsabilidad á los citados bienes de la sociedad conyugal; según el artículo, sólo en *el último caso*, ó

sea cuando interviene la autoridad judicial, lo cual es racional, pues si el marido consiente en la aceptación pura, quedan obligados dichos bienes por no haber en cuanto á ello disconformidad, y porque probablemente no existirá peligro. Se sigue la regla general del art. 1416.

Mas cuando medie la aprobación del juez, ¿qué quieren indicar las frases: «no responderán de las deudas hereditarias *los bienes ya existentes en la sociedad conyugal?»*

En la sociedad conyugal, formada por el matrimonio entre el marido y la mujer, existen bienes privativos de cada uno de los cónyuges y bienes comunes ó gananciales en su caso, esto es, si el matrimonio se celebró bajo ese régimen. Hablando el artículo de bienes en absoluto sin determinar que se trate de los gananciales, y de bienes, no *de* la sociedad conyugal, en cuyo caso podría haber duda, sino existentes *en* la sociedad conyugal, puede deducirse que el art. 995, con esas palabras, alude á toda clase de bienes, propios del marido, propios de la mujer ó propios de la sociedad, y, por tanto, que todos esos bienes, en cuanto existan en el momento de la aceptación no responden al pago de las deudas hereditarias.

No se excluyen en absoluto tales bienes, porque equivaldría á establecer como forzosa la aceptación á beneficio de inventario; se excluyen sólo los *ya existentes* al ser aceptada la herencia; luego responden de la deudas hereditarias los bienes que más tarde existan en esa sociedad y hayan sido adquiridos después de la aceptación, bienes no sólo distintos, sino que no signifiquen además un simple cambio ó sustitución de otros existentes con anterioridad.

Pero no *todos* los bienes que existan más tarde en la sociedad conyugal y aparezcan adquiridos con posterioridad á la aceptación de la herencia pueden responder, como debiera ser la consecuencia lógica de esta opinión, de las deudas hereditarias, pues es evidente que correspondiendo la herencia á la mujer, de las deudas que á ella incumba pagar por su cualidad de heredero no pueden responder los bienes del marido, sea la que fuere la época de su adquisición.

Por lo mismo, y porque sería anómalo que aceptándose puramente la herencia se excluyesen de toda responsabilidad los bienes privativos de la mujer existentes al tiempo de la aceptación, la idea del legislador en el art. 995 parece ser distinta de la que á primera vista se desprende de su texto. Los bienes privativos de la mujer responden desde luego al pago de las deudas hereditarias; los bienes privativos del marido no sufren nunca esa responsabilidad; el artículo sólo alude á los bienes *de* la sociedad legal de gananciales, los cuales no quedan en modo alguno obligados por la aceptación de la mujer, sino en cuauto puedan adquirirse, ó existir como nuevcs, como algo distinto por completo en sí mismo y en equivalencia, con posterioridad á dicha aceptación. Véase el núm. 1.º del art. 1408.

El precepto, aunque raro, resulta comprensible. Ofrecerá tal vez dificultades prácticas en su aplicación, pero los acreedores cuidarán de probar, caso necesario, cuáles sean esos bienes de la sociedad conyugal adquiridos después de la aceptación, que deben responder al pago de sus créditos si la herencia no fué aceptada á beneficio de inventario, como el marido y la mujer probarán á su vez, si fuere preciso, cuáles existían con anterioridad, y no responden, por tanto, al cumplimiento de las cargas de la herencia.

Más práctico y más preciso encontramos el precepto del último inciso del art. 146 del Código de Chile: «Si el juez autorizase á la mujer para aceptar una herencia, deberá ella aceptarla con beneficio de inventario, y sin este requisito obligará solamente sus propios bienes á las resultas de la aceptación.»

Después de leer el art. 995, queda en el ánimo cierta vacilación. Cuando se han separado los bienes del matrimonio ó se transfiere á la mujer la administración, sólo es necesaria la licencia judicial para ciertos actos de enajenación ó gravamen, según el art. 1444. No hay, ciertamente, incompatibilidad entre ambos preceptos, pero parece extremo el rigor de la ley en el caso del art. 995, sobre todo en cuanto exige la aprobación del juez hasta para aceptar á beneficio de inventario.

El precepto de este art. 995 es terminante: «*en defecto* de la licencia del marido, la mujer no podrá aceptar ni repudiar herencias sino con la aprobación del juez», esto es, existiendo el matrimonio siempre, en todo caso, á falta de licencia marital; sea cualquiera el motivo de esta falta, ausencia, interdicción, divorcio, locura, etc., la mujer casada necesita la aprobación judicial. Confirma esta terminante restricción el párrafo 1.º del artículo 992: para aceptar ó repudiar, no basta poder administrar ni poder obligarse; es preciso tener la libre disposición de sus bienes, libre disposición que no puede afirmarse exista en la mujer casada, ni aun en caso de separación de bienes.

Sin embargo, hay un artículo que en su espíritu pugna con el que examinamos. Tal es el 188, según el cual la mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá *disponer libremente* de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan. Tiene *la libre disposición de sus* bienes, y está comprendida en el número ó párrafo 1.º del art. 992, siendo anómalo que no pueda obligarlos, sin aprobación judicial, mediante una aceptación pura. Aun cuando esto es evidente, siendo especialísimo para el caso el art. 995, su precepto debe respetarse, exigiéndose, aun en ese caso, la aprobación judicial.

Separados los bienes del matrimonio, la mujer aceptando puramente una herencia, sólo obliga los que á ella privativamente correspondan, pues no existen gananciales. Transferida á la mujer la administración de los bienes de la sociedad conyugal, parece que debiera poder obligarlos del mismo modo que en su caso el marido (art. 1416), obteniendo la aprobación judicial; mas como la sociedad conyugal existe, aunque cambie la persona del administrador, debe aplicarse la restricción especialísima que impone el art. 995.

El marido no puede aceptar ni repudiar en nombre de su mujer, á no estar autorizado expresamente por ella en virtud de poder. Es jefe de la familia, representa á la sociedad conyugal en casos normales, mas no representa legalmente la personalidad individual de su esposa, y siendo ésta la heredera, ó sea la

dueña del derecho hereditario, ella es la que ha de expresar su voluntad de aceptar ó repudiar la herencia.

En armonía con esta doctrina, declara el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Junio de 1904, que el art. 995 del Código, así como los 60, 61 y 1053, se hallan subordinados cuando se trata de bienes parafernales al 1383, según el cual el marido por sí solo no puede ejercitar acción alguna relativa á dichos bienes.

En los arts. 1994 á 2001 de la ley de Enjuiciamiento civil se determinan los trámites que, por analogía, deben estimarse aplicables, en el caso de necesitar la mujer conseguir la autorización del juez para aceptar ó repudiar una herencia, por no querer ó no poder el marido prestar su licencia. Es juez competente, con arreglo al núm. 25 del art. 63 de dicha ley, el del domicilio de la mujer.

Si la mujer casada es menor de edad, su capacidad ha de regularse por la de los menores emancipados, cuestión que examinaremos después.

III. *Sordomudos.*—(Art. 996).

Si saben leer y escribir, y son mayores de edad, tienen desde luego capacidad para aceptar en la forma que quieran, ó renunciar, ya por sí mismos, ya por medio de procurador.

Si no saben leer ni escribir, la ley los considera incapacitados, y exige se les nombre tutor, con facultades más ó menos amplias (arts. 200 y 218).

Este tutor aceptará en nombre de ellos la herencia que pueda serles deferida, precisamente á beneficio de inventario con arreglo al art. 996.

Repetimos aquí lo expuesto anteriormente con relación al tutor de menores é incapacitados que acepta sin autorización del consejo de familia. Es más, á pesar del silencio del art. 996, creemos que es aplicable á los sordomudos el precepto del número 10 del art. 269, y por tanto, que su tutor, autorizado por el consejo de familia, puede también aceptar puramente ó renunciar la herencia.

En todos los casos en que el sordomudo, por saber leer solamente, no necesite tutor, no ha de considerarse incapacitado, y podrá aceptar por sí mismo.

IV. *Pobres.*—(Art. 992, párrafo 3.º)

Creemos claro el precepto, que es especial para la sucesión testamentaria. O el testador designó personas para la calificación de los pobres y la distribución entre ellos de lo dejado á los mismos, ó no. En el primer caso, aquellas personas aceptarán en nombre de los pobres. En el segundo, la aceptación se hará por el alcalde, el párroco y el juez municipal, pero siempre *á beneficio de inventario.* No existe en nadie la facultad de renunciar.

Si hay varios párrocos ó jueces municipales en la localidad, intervendrán los del domicilio del testador.

Aun cuando el último inciso del art. 992 no deja lugar á dudas en lo que respecta á la aceptación de las herencias genéricamente dejadas á los pobres, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1897 es el mejor comentario del artículo que examinamos. Dicen los considerandos de la expresada sentencia: La aceptación de la herencia que el testador dejara á los pobres en general, sin designación de persona determinada, en uso de la facultad que para ello le otorga el art. 749 del Código civil, se rige por lo dispuesto en el 992, según el cual, no siendo posible á los agraciados aceptarla por sí mismo, corresponde la aceptación en primer término á las personas encargadas por el testador de distribuir los bienes, y se entiende siempre aceptada á beneficio de inventario; siguiéndose de ello que las personas llamadas por la ley á la herencia carecen de facultades para aceptarla libremente, y por consecuencia de la aceptación pueden los pobres resultar favorecidos, mas nunca perjudicados.

Lo dispuesto en el mencionado art. 992, agrega el Tribunal Supremo, es aplicable al caso de que por muerte del testador sin haber aceptado ni repudiado una herencia recayese el derecho á ella en los pobres á quienes aquél hubiera dejado la suya; porque además de existir en este caso, con mayor fuerza que en el

previsto por la ley, la misma razón de derecho, ó sea la de que el acto de la aceptación de una herencia pueda resultar beneficioso, y en ningún caso perjudicial para los pobres que la heredasen, es manifiesto que no pudiendo éstos aceptar por sí mismos la nueva herencia, ha de reconocerse la facultad de aceptarla en las personas designadas por dicho precepto legal, y por tanto, con las mismas condiciones impuestas para la aceptación.

El Código no contiene otra regla especial relativa á las personas físicas designadas individual ó colectivamente. Veamos, no obstante, otros casos especiales que, dada la regla general del art. 992, son bastante difíciles de resolver.

V. *Menores emancipados.*

Sea la que fuere la causa de la emancipación, ó de considerarse al hijo ó menor como emancipado (arts. 160, 314 y 322), y siempre que sea mayor de diez y ocho años, debe estimarse mayor de edad, con arreglo al art. 317, salvo las restricciones que el mismo taxativamente impone. No encontrándose entre éstas la de aceptar ó repudiar herencias, lógico parece deducir que estos actos puede realizarlos por sí solo el menor emancipado, y que sólo en el caso de tratarse de un menor de diez y ocho años emancipado por el matrimonio, que no puede administrar sus bienes hasta cumplir esa edad, necesita para aceptar ó repudiar herencias el consentimiento de su padre, de su madre ó de un tutor (art. 59).

Estudiando dichos artículos aisladamente, la conclusión es evidente. Pero el párrafo 1.° del art. 992 exige la libre disposición de bienes al heredero para aceptar ó repudiar. ¿Puede afirmarse que los menores emancipados tienen la libre disposición de sus bienes? Además, la renuncia, ¿no es, en cierto modo, una verdadera enajenación? Puesta en este terreno la cuestión, habría que distinguir entre los bienes muebles y los inmuebles, entre herencias comprensivas de ambas clases de bienes, ó herencias relativas solamente á bienes muebles, otorgando al menor emancipado capacidad en este caso, y negándosela en los demás, solución rarísima, pero deducida de la doctrina del Có-

digo y de la relación que debe establecerse entre los arts. 317 y 992. Hasta tanto que la jurisprudencia decida entre las varias soluciones que pueden adoptarse, una de las cuales consistiría, por analogía con el art. 992, párrafo 2.º, en distinguir entre la aceptación pura ó renuncia, y la aceptación con beneficio de inventario, aconsejamos se haga intervenir en todo caso el consentimiento del padre, madre ó tutor, pues dadas las responsabilidades que la herencia puede llevar consigo, y prohibido al menor emancipado tomar dinero á préstamo por el peligro que envuelve, parece ésta la solución más conforme con el precepte del párrafo 1.º del art. 992.

Insistimos, no obstante, en que esta solución debe aclararse en la revisión del Código.

Dados los términos en que hoy se presenta el menor emancipado, no debe poder por sí solo renunciar herencias, porque esto supone la extinción de un derecho, acto que en general le está prohibido, ni aceptar puramente, porque no le consiente el artículo 317 tomar dinero á préstamo, acto de menos trascendencia, ni aceptar á beneficio de inventario, porque para ello debe comparecer en juicio, acto para el cual necesita la asistencia de su padre, madre ó tutor. Además, el art. 992 exige, como hemos repetido, libre disposición de bienes, libre disposición absoluta, no limitada á bienes determinados, y esa libre disposición absoluta no existe indudablemente en los menores emancipados.

El criterio de la Dirección general de los Registros, en su resolución de 4 de Noviembre de 1896, y el de la sección de los Registros del Ministerio de Ultramar en la de 20 de Marzo de 1897, es completamente distinto, pues en dichas resoluciones se afirma que para todo acto ó contrato que no sea uno de los que taxativamente se expresan en el art. 317, el menor emancipado se reputa mayor de edad.

Creemos que el art. 317 se refiere á todo menor emancipado como lo prueba el último párrafo del art. 59, y el 324, á pesar de lo que en contrario sostiene la Dirección general de los Registros, en resolución de 14 de Diciembre de 1896, una de las

varias que en opuestos sentidos han interprestado el referido artículo.

VI.—*Menores sujetos á patria potestad.*

En este caso, la cuestión es aun más dudosa. Sólo podemos guiarnos por el art. 164, la regla general del 992, y algunas razones de analogía.

Los menores sujetos á patria potestad no pueden evidentemente aceptar ni repudiar herencia; en su nombre lo harán sus padres como sus representantes legítimos, más, ¿con qué formalidades? ¿Será necesaria, como en los casos á que el art. 164 se refiere, autorización judicial?

Pugnan las mismas tendencias que en el caso anterior, según el artículo del Código á que quiera dársele preferencia, pudiendo señalarse tres opiniones diferentes.

a) No hay que exagerar el rigor del art. 992, y puesto que el padre puede hasta enajenar los bienes no inmuebles del hijo en que le corresponda la administración ó el usufructo, sin autorización judicial, y puesto que el art. 164 no debe entenderse á casos no taxativamente comprendidos en su texto, ha de estimarse que no es precisa esa formalidad ó ese enojoso trámite, y que el padre, en nombre de sus hijos, puede por sí solo, no ya aceptar á beneficio de inventario, sino también puramente, y aun renunciar. Abona esta solución á más de lo expuesto anteriormente, una razón de analogía con el precepto del art. 1052, y la consideración de que los padres han de velar por los intereses de sus hijos como por los suyos propios, no existiendo en este caso los motivos que aconsejan, en el de enajenación de bienes inmuebles de los hijos, la conveniencia de la intervención judicial.

Si el padre fuese llamado á la herencia en unión con sus hijos, los intereses de uno y otro serían comunes, y procedería con mayor motivo la representación por aquél. Ahora bien: si en algún caso sus intereses fuesen opuestos, como si la herencia por renuncia del hijo debiese recaer en sus padres, procedería el nombramiento de un defensor judicial y la aprobación de juez.

A lo más, considerando la renuncia de herencia como extinción de un derecho real, podría exigirse para esa renuncia la autorización judical.

b) El art. 992 exige la libre disposición de bienes. El padre ha de aceptar ó renunciar en nombre del hijo; luego para poder realizar estos actos por sí solo, sería preciso que tuviese la libre disposición de los bienes del hijo. Esta libre disposición no la tienen, como lo demuestra el art. 164 y el 1810, pues aunque algo se les permite, para los actos de relativa importancia se exige aprobación judicial. Luego esta aprobación debe estimarse siempre necesaria para aceptar ó repudiar herencias los padres en nombre de los hijos sujetos á su potestad.

c) Dudándose de la extensión que debe darse á los preceptos de los arts. 164 y 992 al tratar de relacionarlos entre sí, hay que indagar el espíritu de las disposiciones del Código en lo que se refiere al poder y representación de los padres y de los tutores. No cabe duda que al padre se conceden más derechos, se otorga más autoridad que al tutor, como no cabe duda que el legislador, á pesar de la regla general del art. 992, concede mayor importancia á la aceptación pura y á la renuncia de herencia, que á la aceptación en beneficio de inventario, y más importancia aún que á aquellos actos, á los de enajenación ó gravamen de bienes inmuebles. Esta gradación, respecto al tutor, se observa claramente en los arts. 269, núm. 10; 270 á 272, 274; núm. 1.º del 275, y párrafo 2.º del 992. El tutor por sí sólo puede aceptar con beneficio de inventario, para aceptar puramente ó renunciar, necesita autorización del consejo de familia; para enajenar bienes, además de esta autorización, se exigen ciertas formalidades. La superior importancia que la ley concede al padre sobre el tutor, aparte el derecho de usufructo que al padre corresponde sobre los bienes de sus hijos, es fácil de comprobar comparando el art. 164 con los 270 á 272, y el 274 con el 1810.

Esto supuesto, lo que al tutor se concede no puede negársele al padre, y de aquí que constituya un absurdo exigir á éste que

obtenga aprobación judicial para aceptar herencias con beneficio de inventario en nombre de sus hijos, pudiendo á lo más considerarse conveniente tal requisito para aceptar puramente, y debiendo estimarse indispensable para renunciar, sobre todo, en el caso de tratarse de herencias lucrativas.

De las tres expresadas soluciones, preferimos la última que aunque incidentalmente, apoyaba Goyena al comentar el art. 824 del Proyecto del Código de 1851. En la práctica, la aceptación pura por el padre en los casos frecuentes en que la herencia no lleva consigo peligro alguno, se hace sin aprobación judicial, y resulta eficaz por no existir en nadie interés para reclamar contra ella.

Si el hijo heredero y de menor edad viviese con independencia de sus padres con consentimiento de éstos, los bienes adquiridos por título lucrativo le pertenecen en propiedad, usufructo y administración, debiendo considerársele como emancipado con arreglo al art. 160.

VII. *Pródigos é interdictos.*

Privados de la administración de sus bienes y sujetos á tutela, debe considerárseles aplicable por analogía el párrafo 2.º del art. 992, puesto que desde luego rige para ellos el del número 10 del art. 269 El tutor por sí sólo puede aceptar á beneficio de inventario, y autorizado por el consejo de familia, puede aceptar puramente ó renunciar.

Según los términos de la sentencia en que se declare la prodigalidad, habrá casos en los cuales solamente al pródigo por sí mismo corresponderá expresar su voluntad de aceptar ó repudiar herencias.

VIII. *Ausentes.*

No pudiendo aceptar ni renunciar herencias por sí mismos, por deber suponerse que ignoran su cualidad de herederos, parece que la cuestión quedaba reducida á determinar si sus representantes legítimos podrían aceptar ó repudiar en su nombre sin autorización judicial.

Pero el Código en los arts. 195 y siguientes establece la doc-

trina que ha de aplicarse. El ausente debe tener personas que le representen. Si estas personas no pueden justificar la existencia del ausente en el momento de la muerte del testador ó causante, se prescinde de aquél en la sucesión, dando su participación en la herencia á quien corresponda por derecho de representación, por derecho de acrecer, por el de sustitución, etc., sin perjuicio de la acción de petición de herencia que el ausente puede ejercitar después si se presentare ó se reconociere su existencia.

Por el contrario, si puede demostrarse la existencia del ausente en el momento en que le fué deferida la herencia, y se halla, no obstante, en ignorado paradero, ó se ha declarado con posterioridad su muerte presunta, la herencia que á él debió corresponder será aceptada ó renunciada por sus representantes legítimos, ó por sus sucesores; por éstos, con arreglo al artículo 1006, y por aquéllos, en su caso, mediante autorización judicial, pues siendo simples administradores de los bienes del ausente, no pueden por sí solos enajenarlos ó disponer de ellos, y debe aplicarse la regla general del art. 992.

IX. *Concursados y quebrados.*

El art. 1914 del Código civil, y el 878 del Código de Comercio, privan al concursado ó quebrado de la administración de sus bienes, y con mayor razón de su disposición, por lo que parece que por sí mismos, y mientras duren los efectos de la declaración de la quiebra ó concurso, no pueden renunciar herencias, ni aceptarlas, ni aun á beneficio de inventario. Sin embargo, estas personas no tienen quien directa y legítimamente les represente, y su incapacidad es accidental y en cierto modo relativa. La quiebra ó el concurso estarán representados por los acreedores, el administrador ó la sindicatura que se elija, mas éstos no representan la personalidad del quebrado ó concursado. ¿Quién debe verificar la renuncia ó la aceptación?

Dar al quebrado ó concursado la facultad de renunciar por sí solo parece inútil, porque en virtud del art. 1001, sus acreedores pueden aceptar en su nombre; darle facultad de aceptar pu-

ramente, también parece inútil, porque aparte la facultad de los acreedores de pedir la rescisión del acto, si, como es probable, les perjudica, los bienes privativos del deudor han de quedar siempre afectos á la quiebra ó concurso. En todo caso, como se ve, parece imponerse la aceptación á beneficio de inventario, pues los bienes propios del deudor pertenecen á sus acreedores, y no pueden responder de las deudas del causante.

Sin embargo, como la incapacidad del quebrado ó concursado es, como hemos dicho, puramente accidental, creemos que debe concedérsele la facultad de manifestar por sí su voluntad, sin perjuicio de que, si renuncia, puedan aceptar después en su nombre sus acreedores con arreglo al art. 1001, y de que en todo caso, queden afectos á las resultas del concurso ó quiebra los bienes privativos del deudor.

III —Personas jurídicas ó morales.

I. *Establecimientos públicos oficiales.*—(Art. 994.)

El art. 994 se refiere á un caso completamente distinto que el del 748. En éste se trata de la validez, ó más bien de la eficacia de una institución hereditaria con condición ó gravamen. En el 994, suponiendo válida ó eficaz esa institución, se trata de la renuncia ó aceptación de la herencia. Sin embargo, guardan ambos íntima analogía por referirse á establecimientos públicos oficiales, y á la necesaria aprobación del Gobierno, aprobación que puede referirse al mismo tiempo á la validez de la condición ó gravamen, y á la aceptación ó renuncia de la herencia, cuando ambas cuestiones se presenten reunidas.

El art. 994 separa ya los establecimientos públicos que podemos llamar *particulares* ó costeados con fondos particulares, como teatros, cafés, etc., de los establecimientos públicos *oficiales*, que dependen del Estado, la Provincia ó el Municipio; y al referirse á éstos, prescinde de toda idea material de edificios y personas físicas, y alude indudablemente á entidades ó personas morales ó jurídicas, establecimientos públicos creados para

un determinado fin ó servicio, que envuelve la existencia de una personalidad susceptible de ser heredera.

Los establecimientos á que se refiere el art. 994 han de hallarse destinados, por lo tanto, á algún servicio público, como la beneficencia, la instrucción (véase el comentario del art. 956), la administración de justicia, la represión de delitos, comunicaciones, etc., y pueden ser generales, provinciales ó munipales.

La aceptación ó la renuncia de las herencias dejadas á dichos establecimientos corresponderá á los jefes ó representantes legítimos de los mismos; pera esa renuncia ó aceptación son por sí solas ineficaces mientras no recaiga la aprobación del Gobierno, encargado de velar por los intereses públicos que esos establecimientos representan.

El Gobierno significa el departamento ministerial encargado especialmente de la materia objeto de esos institutos ó establecimientos oficiales (Gobernación, Fomento, Gracia y Justicia, Hacienda, etc.). La aprobación debe consignarse en forma de Real orden dictada á solicitud del Jefe del establecimiento respectivo, y previa audiencia de las Juntas ó Cuerpos consultivos que en cada caso proceda.

II. *Asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir.*—(Art. 993.)

Véanse los arts. 35 á 39 y 746.

Se trata de asociaciones particulares, civiles, mercantiles ó industriales, y de asociaciones, fundaciones ó corporaciones de interés público. El art. 994 se refiere sólo á establecimientos que, propiamente, no son asociaciones, corporaciones ni fundaciones. Esos mismos establecimientos, cuando sean de interés particular colectivo, ó cuando, aun siendo de interés público, no se hallan sostenidos con fondos oficiales (generales, provinciales ó municipales), se hallan comprendidos en el art. 993.

Todas estas personas morales tienen sus legítimos representantes.

El Proyecto de Código de 1851 (art. 825), sólo consentía á

esos representantes aceptar á beneficio de inventario. Nuestro Código no distingue, y sólo para renunciar la herencia exige la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público, por representar propiamente un acto de enajenación, nueva modificación del precepto general del art. 992, que aun para aceptar exige al heredero la libre disposición de sus bienes.

No se requiere la autorización judicial para aceptar puramente una herencia, teniendo en cuenta, sin duda, que dicha aceptación sólo se llevará á efecto en casos de evidente utilidad para la asociación, corporación ó fundación. Un hijo, un padre ó un esposo pueden, mirando sólo á la sagrada memoria y al buen nombre del causante, obligar sus propios bienes al cumplimiento de todas sus deudas y responsabilidades. Un establecimiento público oficial, ó una fundación, corporación ó asociación no pueden usar de tanta delicadeza de sentimientos, ni sus representantes pueden contraer tal responsabilidad, porque han de procurar el fomento de sus intereses, la utilidad para la persona moral que defienden, nunca su perjuicio y su ruina. Mas por lo mismo, tanto en el caso del art. 993 como en el del 994, parecía lo más propio imponer la aceptación á beneficio de inventario.

La aprobación judicial para la renuncia ha de estimarse acto de jurisdicción voluntaria, y ser solicitada por los representantes legítimos de las asociaciones, corporaciones ó fundaciones á quienes corresponda la herencia, expresando en el escrito, y justificando después, los motivos que inducen á renunciar.

El art. 993 no pretende establecer una regla aplicable en absoluto á toda clase de corporaciones, fundaciones y asociaciones; respeta, por el contrario, las leyes ó reglamentos especiales por que algunas se rigen, y legisla sobre las demás. Bajo la base ya establecida en los arts. 37 y 38, para apreciar la capacidad de las personas jurídicas para toda clase de actos, es necesario acudir á la ley ó disposición, regla ó estatuto especial de su creación, reconocimiento ó constitución, y cumplir cuantas formalidades se requieran con arreglo á los mismos. Después, si la ley especial por que se rige una Corporación, como

las Diputaciones y Ayuntamientos, exige la aprobación el Gobierno, este precepto se respeta como preferente al del art. 993, al tratarse de adquirir bienes por herencia, y si no se exige aprobación de autoridad alguna especial determinada, y principalmente con relación á personas jurídicas de interés particular, el expresado artículo requiere que intervenga la aprobación del juez siempre que se trate de renunciar herencias.

La Iglesia, aun cuando puede considerarse como una asociación de carácter religioso, no debe estimarse comprendida en el precepto del art. 993, pues con arreglo al 38, su capacidad para adquirir, y lo mismo para disponer, ha de regirse por lo concordado entre ambas potestades.

En el caso del art. 747, debe estimarse que la aceptación coresponde á los albaceas ó personas designadas por el testador para invertir sus bienes en sufragios y obras piadosas, por *su alma ó la de tercera persona.*



Sólo nos resta algunas breves explicaciones.

El Código en la regla general del art. 992, así como no distingue entre aceptación pura y la aceptación á beneficio de inventario, tampoco distingue ni en ese artículo ni en los demás entre la aceptación tácita ó expresa.

La aceptación tácita es una modalidad aplicable sólo á la aceptación pura. Cuando la ley exige la aceptación á beneficio de inventario, no cabe más aceptación que la expresa. Otro tanto puede afirmarse en todos los casos en que la ley exige autorización ó aprobación de alguien (consejo de familia, Gobierno, Autoridad judicial); no hay que hablar en tales casos de aceptación tácita.

La renuncia, á su vez, siempre ha de hacerse constar de un modo expreso y formal.

En los demás casos, cabe la aceptación tácita y no altera las reglas relativas á la capacidad. La mujer casada puede aceptar tácitamente, y la intervención del marido en los actos que rea-

lice aquélla supone su conformidad ó licencia. Lo mismo puede decirse de los sordomudos que sepan leer y escribir, y de las asociaciones, fundaciones ó corporaciones, aunque en éstas, la forma natural de aceptación exigida por la formalidad de su natural funcionamiento es la expresa.

Concordancias.—El Código francés exige para aceptar libre administración y para repudiar libre disposición de bienes.

El Código de Italia, arts. 930 á 932, 226, 296, 219, 329, 339 y otros, establece reglas distintas según los casos, determinando que la herencia dejada á las personas privilegiadas se acepte siempre por sus representantes á beneficio de inventario, y que la renuncia no pueda efectuarse sino con la autorización de los tribunales ó del Gobierno, según las circunstancias.

El Código de la Agentina sigue también la regla general. Pueden aceptar ó repudiar la sucesión los que tienen la libre administración de sus bienes; los incapaces, habrán de suplir su incapacidad bajo las formas y condiciones establecidas por la ley; la mujer casada con licencia de su marido y en su defecto con la del juez. En todo caso no puede aceptar sin beneficio de inventario. El Código argentino no contiene en esta especial sección reglas aplicables á las personas jurídicas, á los pobres, ni á los sordomudos (arts. 3367 y 3368).

Bolivia, en uno solo de sus artículos, sienta las reglas generales de capacidad para aceptar ó repudiar la herencia. Se aceptarán, dice su art. 547, por los tutores ó curadores las sucesiones dadas á los menores, ó á los privados de administrar sus bienes. Las mujeres casadas, según el art. 134, no pueden dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir por título gratuito ú oneroso, sin la concurrencia del marido al acto, ó sin su consentimiento ó ratificación posterior por escrito.

Chile, Colombia y Ecuador exigen como requisito de capacidad, que las personas tengan la libre administración de sus bienes, ó en su defecto que medien ó consientan sus representantes legales, no pudiendo en caso alguno aceptar los menores ó incapaces por sí solos, ni aun á beneficio de inventario. La

mujer casada, á falta de la autorización del marido, podrá aceptar ó repudiar con la autorización del juez, pero en este caso á beneficio de inventario, y si no concurriese esta circunstancia, obligará tan sólo sus bienes propios á los resultados de la aceptación (arts. 1225 y 150 de Chile, 1282 y 191 de Colombia, y 1215 y 140 del Ecuador).

Guatemala, con su laconismo habitual, establece las siguientes reglas en sus arts. 848 y 849: 1.ª Por los herederos que estén bajo el poder de otras personas, aceptarán éstas la herencia con beneficio de inventario. 2.ª Por los establecimientos y demás instituciones que tienen capacidad de heredar, aceptarán la herencia con beneficio de inventario sus respectivos administradores ó sus personeros suficientemente nombrados.

Honduras copia en sus arts. 1115 á 1119 las disposiciones de sus equivalentes del Código español.

El Código de Méjico contiene (arts. 3675 á 3677) las mismas disposiciones que las del patrio anteriormente examinadas, salvo las referentes á la aceptación de la herencia dejada á los pobres y la capacidad de las personas jurídicas objeto de otra sección. Con respecto á la mujer casada, contiene la modalidad (art. 2027) de que el marido no puede repudiar ni aceptar la herencia común sin consentimiento de la mujer, pero el juez puede suplir ese consentimiento previa audiencia de la mujer. En todo caso (art. 2028) consienta la mujer, ó el juez lo autorice, la responsabilidad de la aceptación, sólo se extenderá á los bienes propios del marido y á su mitad de gananciales.

Perú (arts. 751 y 752) establece los mismos preceptos que los de Guatemala.

El del Salvador (art. 1165), apartándose en esta materia de los Códigos hermanos de Chile, Colombia y Ecuador, se limita á consignar que las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, no pueden aceptar ni repudiar, sino por medio ó con el consentimiento de sus representantes legales, prohibiéndolas aceptar por sí solas, aun con beneficio de inventario.

Uruguay, clara y brevemente, expone los mismos requisitos de capacidad que el Código español acerca de la aceptación y repudiación por la mujer casada, personas sujetas á tutela, menores bajo la patria potestad, corporaciones, establecimientos y el fisco (arts. 1029 y 1031 á 1034).

El menor habilitado (art. 1030) no puede aceptar la herencia sino con beneficio de inventario.

Para terminar esta larga enumeración, el Código de los Estados Unidos de Venezuela consigna las siguientes reglas: 1.ª Los inhabilitados no pueden aceptar sin consentimiento de su curador y á beneficio de inventario. 2.ª Las personas jurídicas ó establecimientos públicos no pueden aceptar las sucesiones que las han deferido sino por sus respectivos representantes y también á beneficio de inventario. 3.ª El tribunal puede autorizar al inhabilitado para aceptar bajo dicho beneficio (artículos 906 y 907).

ARTÍCULO 997

La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, ó apareciese un testamento desconocido.

PRECEDENTES: Referíanse á la materia de este artículo las leyes 18, 19 y 20 del tít. 6.º, Partida 6.ª Prescindiendo de la ley 19, que se relaciona íntimamente con el precepto del art. 1009, la citada ley 18 establecía que «auiendo el heredero desechado la heredad que le pertenesciesse por testamento por razon de parentesco, non la puede despues demandar nin auer, fueras ende, si éste atal fuesse menor de veinte cinco años»; añadiendo después, «que aquel que se ouiesse vna vez otorgado por heredero de otro, non puede ya desamparar la herencia». La ley 20 permite al hijo ó nieto que hubiere desechado la heredad, recobrarla

en el término de tres años, si los bienes no hubiesen sido enajenados, aun en el caso de tratarse de hijos ó nietos mayores de veinticinco años.

Comentario: Otro de los caracteres de la aceptación y de la renuncia, como dijimos en las *ideas generales*, es el de ser irrevocables. Por esto, el que ha aceptado, no puede ya renunciar, y el que renuncia, no puede después pretender la aceptación.

El precepto es lógico, dado el carácter de las transmisiones por herencia ó de la sucesión. Aceptada libremente la representación de la personalidad del difunto, no cabe rechazarla; no se trata sólo de un derecho, sino también de una obligación. Por otra parte, permitir el cambio de voluntad ó la revocación llevaría consigo graves perturbaciones. Renunciada la herencia, la cuestión es más evidente, porque el que renuncia deja de ser heredero, y después pretendería aceptar un derecho que ya no era suyo.

Pero esta regla ha de aplicarse racionalmente, no pudiendo suponerse irrevocable una renuncia ó aceptación que, ó no existen realmente, ó no han sido hechas en forma legal, ó adolecen de algún defecto ó vicio de consentimiento.

De aquí el precepto del art. 997, que se completa en otras varias disposiciones.

A) La aceptación ó la repudiación de herencia pueden estimarse inexistentes cuando no hay herencia ó derecho que aceptar ó renunciar.

Si, pues, se trata de una sucesión aun no abierta por no haber fallecido el causante; si el que expresa su voluntad no es heredero; si la eficacia de la institución dependía del cumplimiento de una condición suspensiva que no se cumple, ó de la existencia de un póstumo que, ó no llega á nacer, ó nace en condiciones no viables, la aceptación ó la renuncia no existen legalmente, quedan sin efecto por sí solas, sin que nadie tenga que reclamar su nulidad.

Lo mismo puede decirse cuando la aceptación ó la renuncia fueron hechas en parte, á plazos ó con condición.

B) La aceptación ó la repudiación de herencia han de hacerse por personas capaces y en forma legal.

Si acepta un menor por sí sólo ó un tutor renuncia sin autorización del consejo de familia; si acepta la mujer casada sin licencia judicial oponiéndose el marido, ó renuncia una corporación sin obtener la aprobación del juez; si la renuncia no se hizo constar en la forma que marca el art. 1008, esos actos son nulos por hallarse prohibidos terminantemente por las leyes.

C) Existentes la aceptación ó la renuncia, y hechas en forma legal, han de reflejar fielmente la voluntad del heredero, han de ser exacta expresión del consentimiento. Si éste se halla viciado, en realidad no existe, y la aceptación ó la renuncia pueden ser impugnadas con arreglo al art. 997.

Son vicios que anulan el consentimiento, según el art. 1265, el error, la violencia, la intimidación y el dolo.

I. Error.—El error no es admitido en la generalidad de los códigos como causa para invalidar la aceptación ó la renuncia de herencia. El error, se dice, puede referirse á la persona del causante ó á la importancia de la herencia. En el primer caso, se añade, no hay aceptación; en el segundo la hay, pero no cabe su anulación.

No hay aceptación en el primer caso, porque ésta se refiere á la sucesión de una persona que no ha fallecido, como si teniendo el heredero dos parientes del mismo nombre, confunde al uno con el otro, y acepta ó repudia en la creencia de que se trata de distinta sucesión.

En el segundo caso, el error no puede ser causa de invalidación, porque siendo libre el heredero para aceptar ó no, debe apreciar bien y enterarse perfectamente de la importancia de la sucesión antes de decidirse, porque para evitarle todo perjuicio se le concede el beneficio de inventario, y porque admitida esa causa, serviría de pretexto muchas veces para impugnar el acto convirtiéndole en revocable.

Esta doctrina que, como queda dicho, es la generalmente aceptada, no puede decirse que sea la sostenida por nuestro Có-

digo, el cual, al admitir en el art. 1266 como causa de anulación del consentimiento, el error fundado en las condiciones de la cosa que principalmente hubiere dado motivo para consentir; y al referirse en general, en el art. 997, á todos los vicios que anulan el consentimiento, parece comprender en su doctrina la posibilidad de la anulación de una aceptación ó de una renuncia, hechas con error sobre las condiciones principales de la sucesión, ó sea sobre la importancia del activo ó del pasivo de la herencia.

¿Cuándo será el error causa admisible de nulidad en la materia que examinamos?

Desde luego lo es en el primer caso apuntado antes, en el que puede decirse que recae sobre la sustancia misma de la cosa. Con relación al pariente vivo, no hay aceptación ni renuncia; mas con relación al pariente del mismo nombre que murió, existen en realidad, aunque viciada, una ú otra manifestación por el error. Esa manifestación de la voluntad no se desvanece por sí sola: ha de ser impugnada y probarse la equivocación.

En el segundo caso, estamos conformes en que el simple error de apreciación de las fuerzas del caudal, ó de la importancia de las cargas de la sucesión, no pueden motivar la impugnación del consentimiento, porque precisamente ante esas eventualidades se concede absoluta libertad de acción al heredero, y porque es incompatible la irrevocabilidad con esos errores imputables solamente al mismo que se equivocó.

Si el heredero estimó los bienes en más ó en menos de lo que valían; si creyó que había de ganarse un pleito que después se perdió, ó viceversa; si después de muerto el testador ó causante, el activo hereditario experimenta una disminución importante, ó un aumento imprevisto, por reivindicación de terceros ó de los causahabientes del causante, por rescisión ó resolución de derechos en contra ó en favor de la herencia; si creyó el heredero que renunciando podría conservar una donación, aun excediendo de la cuota disponible; si resultaron insolventes los donatarios cuyas donaciones debían anularse ó reducirse, ó no se cal-

culó sobre la utilidad de su procedente anulación ó reducción, causas son estas y otras análogas que en la doctrina general de los Códigos y de los escritores jurídicos no deben motivar la anulación de un consentimiento libre aunque irreflexivo.

Hay sólo error de apreciación, ó esperanzas ó temores desvanecidos, equivocaciones ó riesgos, y circunstancias posibles y posteriores al acto de la renuncia ó aceptación, que influyen favorable ó desfavorablemente en la situación del heredero; pero que no autorizan la impugnación, ni envuelven error en la sustancia misma de la herencia ni en sus condiciones principales.

Ese error en las condiciones de la cosa, que principalmente dieron motivo á renunciar ó aceptar la herencia, ha de ser, en cierto modo, extraño al heredero y á sus opiniones, creencias ó equivocaciones particulares: ha de fundarse desde luego en hechos ó circunstancias exteriores, digámoslo así, desconocidos por el heredero, no obstante su reflexión y previsión, y, sin embargo, existentes con anterioridad á la aceptación ó renuncia; un nuevo testamento que todo lo altera, caso al que el art. 997 alude con separación; una deuda importante que no fué en modo alguno posible conocer; bienes ó derechos que debieron lógicamente suponerse del causante en virtud de justos títulos y que luego resultan transmitidos á tercero, etc.

Afirmamos que esta doctrina es la que resulta del art. 997, por mucho que se le quiera restringir; no pretendemos que esta sea la doctrina más lógica ni la mejor.

El que afirma el error, debe probarlo. Si de la prueba resulta que ese error, aun existiendo, es imputable al heredero, que pudo conocer ó prever los hechos que produjeron la variación de su voluntad, y apreciar, por tanto, las condiciones principales de la herencia, la impugnación debe ser desechada, y confirmarse la renuncia ó la aceptación, porque el perjuicio, en tal caso, debe recaer sobre el que dió ocasión al mismo por su ligereza ó imprevisión.

En suma: no debe admitirse el error imputable al heredero; pero sí aquel en que incide sin culpa alguna por su parte.

II. Violencia ó intimidación. — Son dos vicios distintos del consentimiento, cuyos efectos son idénticos, y como no ofrece duda alguna su aplicación á la materia que examinamos, nos referimos al comentario de los arts. 1267 y 1268.

Habrá aceptación ó renuncia, pero no válidas, porque no medió en realidad consentimiento.

III. Dolo causal.—El Código, en el art. 997, como en los 1269 y 1270, sólo se refiere al dolo causal, al que motivó la renuncia ó aceptación. Nos remitimos al comentario de dichos artículos.

En esta materia no hay partes contratantes: el dolo ha de provenir de un tercero: un acreedor, un legatario, un coheredero ó un extraño; ha de ser grave, y ha de consistir en engaños ó maniobras, sin las cuales el heredero no hubiera aceptado ó no hubiera renunciado la sucesión.

Como doctrina común á lo expuesto sobre vicios del consentimiento añadiremos:

a) Que la acción para impugnar la aceptación ó la renuncia ya hechas, exige la prueba de la causa en que se funda, y dura, por analogía con lo preceptuado en el art. 1301, cuatro años, cuyo tiempo ha de contarse del modo que en el citado artículo se determina.

b) Que los efectos de la nulidad de la aceptación ó de la renuncia, una vez declarada, serán en primer término tener esos actos como no realizados, y resolver después nuevamente con toda libertad. Deben, además, dejarse sin efecto los actos realizados bajo la base de la aceptación nula, en la forma que indican los arts. 1303 y 1307.

c) El heredero puede impugnar su aceptación ó renuncia, por medio de acción al reclamar la devolución de algún pago indebido, ó por vía de excepción, al ser demandado para el cumplimiento de alguna obligación de su causante.

d) Si una vez cesado el error, el dolo, la intimidación ó la violencia, el heredero continúa realizando ó realiza algún acto de los que por la ley son considerados como aceptación tácita de

la herencia, el acto se entiende válidamente confirmado, y pierden su fuerza y su razón de ser todas aquellas causas de anulación.

D) Aparecer un testamento desconocido.—Para aceptar ó renunciar es necesario que el heredero esté cierto de su derecho á la herencia. Esta certeza la comunica, de una parte la muerte del causante, y de otra el testamento ó la ley, unidos á la certificación del Registro general de actos de última voluntad, de la que resulta que el difunto no otorgó más testamento que el que se conoce, ó no otorgó testamento alguno.

Los breves plazos concedidos para la protocolización de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte en tiempo de epidemia ú otros especiales, y el Registro general de actos de última voluntad, hacen difícil que se presente el último caso á que se refiere el art. 997, porque ese testamento que aparece no debe estimarse *desconocido*, cuando el heredero pudo fácilmente, con sólo querer y obrar como debía, tener conocimiento del mismo.

Pero en virtud de un testamento ológrafo, cuya protocolización puede tardar cinco años, ó por errores en la certificación del Registro general citado, falta de aviso de los Notarios, etc., se hace posible esa aparición de un testamento desconocido.

Parece que basta la existencia de ese testamento para poder impugnar la aceptación ó la renuncia, y así es por regla general.

La ley supone que el testamento, si no existía otro, alterará algo el orden legal de suceder, y que, si existía otro, le modificará, ya en cuanto á la institución de heredero, ya en cuanto á legados ó mejoras. Aun confirmando el testador el orden legal de la sucesión, ha de tenerse presente el art. 1009.

Pero es claro que el precepto del art. 997 ha de aplicarse racionalmente. Si el nuevo testamento *desconocido* explica sólo una cláusula dudosa, ó modifica en ciertos insignificantes detalles otro anterior; si, en suma, las circunstancias continúan siendo idénticas, no puede pretenderse la impugnación.

Si el testador instituye otro heredero, es claro que el que

aceptó ó renunció carecía de derecho, y el acto no tenía razón de ser. Si se hacen nuevos legados, ó se revocan otros, puede pretenderse la invalidación de la aceptación que se hizo sin contar con ese nuevo gravamen, ó la renuncia que se hizo sin conocer que algunas cargas ó legados no debían cumplirse.

Obedece el artículo á un principio de justicia, aunque, como toda revocación, perturbe la vida del derecho.

Desde luego aquí no se trata de nuevas deudas hereditarias, sino testamentarias, porque aquéllas, al aceptar puramente, deben siempre pagarse, y en ellas rara vez influye el descubrimiento de un acto de última voluntad cuya existencia se desconocía. Cabe, no obstante, el reconocimiento de una deuda ó un legado de liberación que altere por completo las circunstancias en que realizó la aceptación ó renuncia.

El Código francés, y conforme con él el Código de Chile, permiten la rescisión de la aceptación en caso de lesión grave en virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptar, entendiéndose por lesión grave la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad.

El Código de Italia, no conformándose con esta doctrina, establece en su art. 942 que la aceptación, una vez hecha válidamente, es irrevocable é irrescindible; pero que si después de la aceptación se descubre un testamento desconocido antes, el heredero sólo queda obligado á satisfacer los legados hasta donde alcance el valor de la herencia, salvo siempre su derecho á legítima.

Nuestro Código, como hemos visto, no exige determinadamente lesión, ni mantiene la aceptación hecha, aunque limitando sus efectos, sino que permite siempre cambiar de voluntad por el hecho de aparecer un testamento desconocido. Cambian las circunstancias sin culpa alguna del heredero, y la ley restituye á éste su libertad de acción.

Además de lo expuesto, téngase presente lo que dijimos al tratar de la indivisibilidad de la aceptación ó de la renuncia: el artículo 1007, y el 1009, que permite aceptar una herencia tes-

tamentaria después de haberla repudiado el interesado como heredero abistestato.

Por último, pueden los acreedores del heredero impugnar la aceptación ó la renuncia hecha por el heredero en perjuicio de los mismos, como veremos al comentar los arts. 1001 y 1111.

Concordancias.—Es general en todos los Códigos la doctrina de no considerar el error como causa de invalidación ó anulación de la aceptación ó renuncia de la herencia. En su consecuencia, concuerdan sustancialmente con el precepto de nuestro Código los artículos 783 del Código de Francia, 492 del de Italia y 2036 y 2037 del de Portugal.

En los Códigos hispano americanos las concordancias son más dignas de interés, por las diversas modalidades que ofrecen.

Argentina considera nula la aceptación ó la renuncia en los siguientes casos: 1.° Cuando ha tenido lugar sin la observancia de las formas ó sin el cumplimiento de las condiciones prescriptas para suplir la incapacidad del heredero. 2.° Cuando intervenga dolo por parte de los coherederos, de un acreedor ó de un tercero. 3.° Cuando haya sido resultado de miedo ó violencia. 4.° Cuando en virtud de testamento desconocido la herencia se encuentra disminuída en más de la mitad, es decir, cuando intervenga lesión. 5.° Cuando por error la renuncia se ha hecho de otra herencia que aquella á la cual el heredero entendía renunciar (artículos 3369, 3372 y 3384 del Código argentino).

La expresada nulidad pueden pedirla, respecto á la aceptación, el aceptante ó los acreedores en su nombre (art. 3373) en lo que afecta á la renuncia, toda persona interesada y los acreedores del renunciante de una fecha anterior á la repudiación (art. 3385).

Chile, Colombia y Ecuador, admiten como causa rescisoria de la aceptación, la fuerza, el dolo y la lesión grave, entendiéndose por ésta la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad (artículos 1234 de Chile, 1291 de Colombia y 1224 del Ecuador).

Honduras (art. 1120) y Costa Rica (art. 539) contienen las mismas reglas que el Código español respecto á la irrevocabilidad de los actos de aceptar ó repudiar.

También Méjico (artículos 3691 y 3692) concuerdan literalmente con el artículo examinado, con la sola modificación de establecer como causas de nulidad el dolo ó la violencia.

El Código de El Salvador, que generalmente marcha al unísono con los de Chile, Colombia y Ecuador, en esta materia se separa de los Códigos hermanos y en su art. 1176 dispone que ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación, á menos que la misma persona ó su legítimo representante, hayan sido inducidos por fuerza ó dolo á repudiar, texto del artículo que también reproduce el 1035 del de Uruguay.

Para el de Venezuela (art. 916) la aceptación de la herencia no puede atacarse, á no ser que haya sido consecuencia de la violencia ó del dolo.

Sin embargo, en caso de descubrirse un testamento desconocido en el momento de la aceptación, el heredero no está obligado á pagar los legados contenidos en aquel testamento, sino hasta cubrir el valor de la herencia y salvo siempre la legítima que pueda debérsele, y acerca de la renuncia (art. 922) ésta se anula cuando se efectúa en perjuicio de los derechos de los acreedores.

Bolivia, Guatemala y Perú no tienen precepto especial alguno concordante, dentro de la sección destinada á determinar los efectos jurídicos de la adición ó de la renuncia de la herencia.

ARTÍCULO 998

La herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, ó á beneficio de inventario.

De las leyes 15 y 5.ª del tít. 6.º, Partida 6.ª, se deducen las dos formas de aceptación de herencia, de que habla el presente artículo 998.

Por la aceptación *pura* y simple el heredero viene á ser el representante de la personalidad jurídica del difunto; los bienes de la herencia se confunden con los que constituían el patrimonio de ese heredero, y éste queda obligado al pago de todas las cargas de la herencia. (Véase el art. 1003.)

Por la aceptación *á beneficio de inventario* quedan separados los patrimonios del causante y del heredero, y éste, sin confundir su personalidad jurídica con la de aquél, responde al pago de las deudas hereditarias ó testamentarias hasta donde alcanza el valor de los bienes de la herencia. (Véase el art. 1023.)

En el Código, la aceptación pura, forma la regla general, y la aceptación á beneficio de inventario la excepción. Aquélla puede ser expresa ó tácita, ésta ha de ser expresa. Del beneficio de inventario tratan los arts. 1010 al 1034.

Concordancias.— En todos los Códigos se establecen los preceptos universales respecto á la doctrina contenida en nuestro artículo 998.

Concuerda éste, dentro de los europeos, con el 774 del Código de Francia, 229 del de Italia y 2018 del de Portugal.

En los de las repúblicas hispano-americanas se consigna la misma disposición en los arts. 3351 del Código de la Argentina, 543 de Bolivia, 1225 de Chile, 1282 de Colombia, 1215 del Ecuador, 847 de Guatemala, 1121 de Honduras, 3701 de Méjico, 750 del Perú, 1165 del Salvador, 1036 del de la República Oriental del Uruguay y 903 del Código civil de los Estados Unidos de Venezuela.

ARTÍCULO 999

La aceptación pura y simple puede ser expresa ó tácita.

Expresa es la que se hace en documento público ó privado.

Tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

Los actos de mera conservación ó administración provisional no implican la aceptación de la herencia si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero.

ARTÍCULO 1000

Entiéndase aceptada la herencia:

1.° Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á alguno de ellos.

2.° Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuítamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

3.° Cuando la renuncia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuíta y los coherederos á cuyo favor se haga son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

PRECEDENTES: La ley 11, título 6.°, Partida 6.ª: «Tomado auiendo acuerdo el heredero; si le place de rescibir la herencia, en que establescido por heredero de otri, ó le pertenesce por razón de parentesco, develo decir llanamente, otorgándose por heredero. E aun se puede esto fazer por fecho: maguer non lo diga paladinamente. Esto sería como si el heredero vsasse de los bienes de la herencia, assi como heredero é señor, labrando la heredad, ó arrendándola, ó desfrutándola, ó vsando della en otra manera qualquier semejante destas. Ca por tales señales é por otras semejantes, se prueua que quiere ser heredero; é es tenudo de guardar é de fazer todas aquellas cosas que heredero deue fazer. E esto ha logar non tan solamente en el que es establescido por heredero; mas en otro qualquier que ouiesse derecho de heredar algund ome que muriesse sin testamento. Pero si algund ome que ouviesse derecho de heredar los bienes de otri, vsasse de la heredad ó de los bienes del muerto, non con enten-

ción de ser heredero; mas mouiendosse por piedad, assi, como en fazer guarescer los sieruos si fueren enfermos, ó en darles á comer, ó les dar otras cosas que les fuessen menester, ó en guardar la heredad é los bienes della, porque se non perdiessen, nin se menoscauassen, por tal vso como éste, dezimos que non se muestra que quiere ser heredero; pero porque de tal vsanza, como sobredicho es, non nazca ende dubda, si la fizo con entención de ser heredero ó non, este atal deue dezir é afrontar manifiestamente ante algunos omes, como lo faze por piedad, é non con voluntad de ser heredero».

COMENTARIO: Los artículos 999 y 1000 sólo se refieren á la aceptación pura.

La aceptación pura de la herencia, como expresión de la voluntad, puede manifestarse de un modo expreso ó tácito, por palabras claras y terminantes, ó por hechos.

I

ACEPTACIÓN EXPRESA

Ha de constar, según el art. 999, en un documento público ó privado. Nuestro Código exige, por tanto, la palabra escrita, pues dada la importancia y la transcendencia del acto, no quiere que de ciertas palabras habladas, más ó menos irreflexivas ó imprudentes, resulte eficaz una aceptación pura é irrevocable.

El Código francés, art. 778, determina que la aceptación es expresa cuando se toma el título ó la cualidad de heredero en un documento público ó privado. La mayoría de los códigos copiaron literalmente el Código francés, y de aquí una serie de cuestiones relativas á la intención del interesado al tomar ese título ó cualidad, pues que realmente puede tomarse ese nombre como heredero efectivo ó como persona con derecho á la herencia, tratarse de una aceptación verdadera, ó de una sencilla manifestación de ser la persona llamada á suceder por el testamento ó por la ley.

Nuestro Código evita esas cuestiones. La aceptación para ser expresa, debe ser clara y evidente, no debe deducirse de palabras más ó menos dudosas ó de distinta significación. El tomar en cierto documento el título ó la cualidad de heredero puede ser bastante para deducir la aceptación, pero ésta no será expresa, será tácita, deducida de los actos ó manifestaciones del llamado á suceder.

Para que la aceptación sea expresa, el art. 999 exige dos requisitos: uno de ellos, la aceptación misma, la voluntad manifiesta y clara de aceptar; otro, que conste por escrito en un documento público ó privado.

Si la manifestación no consta en un documento, sea éste una escritura pública, un acta, un escrito ó declaración ante la autoridad judicial ó gubernativa, un documento privado, ó una simple carta, no hay aceptación expresa.

Si en cualquiera de esos documentos, el interesado toma ó se le hace tomar la cualidad de heredero, ó se le designa como tal, sin que él claramente y de un modo expreso manifieste su voluntad de aceptar, tampoco existe aceptación expresa.

Claro es que esa manifestación por escrito puede hacerla el heredero por sí mismo, ú otra persona en su nombre, en virtud de poder por escritura pública (art. 1280), ú ostentando su legítima representación.

De ordinario no se extenderá un documento con el sólo objeto de aceptar expresamente una sucesión. Pero en una escritura de descripción de los bienes de la herencia ó de partición, en un escrito de contestación ó de demanda, ó en cartas á acreedores ó legatarios, puede hacerse constar la manifestación expresada.

Por lo demás, lo más frecuente será la aceptación tácita, la cual resulta muchas veces por el sólo hecho de otorgar un documento, como justifica el art. 1000.

II

ACEPTACIÓN TACITA

Dicta nuestro Código una regla en el párrafo 3.° del artículo 999, tomada casi literalmente del código francés, y con él, de los demás códigos, pues puede decirse que todos en esta parte se han limitado á copiar. Esa regla se aclara y complementa con el último párrafo del mismo artículo, y con lo dispuesto en el que le sigue:

La regla en el derecho francés, italiano y chileno es la siguiente: «La aceptación es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente la voluntad de aceptar, y que no tendría derecho á ejecutar sino en su cualidad de heredero.»

Nuestro Código sustituye la *y* que enlaza estas oraciones por una *ó*, tratando de hacer más claro su precepto al indicar con esa *ó*, que no se trata de un nuevo requisito exigido, sino de una nueva explicación del concepto, que se añade para darle más fuerza y para que se comprenda mejor.

Para la aceptación tácita se requieren actos del heredero ó realizados en su nombre. Acto, es toda acción humana: hechos propiamente dichos, manifestaciones escritas y aun palabras que dan cuerpo y vida á esa acción. Cesare Losana, sin embargo, dice con razón, que para igualar los efectos de la aceptación tácita con los de la expresa, la ley tiene necesariamente que referirse á actos que por su eficacia natural é intrínseca ofrezcan la misma garantía de madura reflexión que supone un documento escrito en el que se toma la cualidad de heredero, y que, por tanto, los actos á que la ley alude han de ser solamente aquellos que por sí mismos produzcan efectos jurídicos con relación á aquél que los realiza. La simple excitación de palabra á practicar la división de los bienes, ó una súplica verbal ó escrita á un acreedor para que espere, no deben estimarse actos suficientes para deducir una aceptación tácita.

Ahora bien: los actos realizados por el heredero deben ser ta-

les, que *necesariamente* supongan la intención ó la voluntad de aceptar. Si pueden tener distinta significación ó interpretarse de un modo diferente, no hay aceptación, y desde luego pueden estimarse como actos extraños ó independientes á la voluntad de aceptar, aquellos que haya derecho á ejecutar por concepto distinto al de heredero, como albacea, poseedor, socio, colono, etc. Por eso añade el art. 999, que para que los actos que entrañan aceptación supongan necesariamente la voluntad de aceptar, es preciso que no exista derecho á ejecutarlos, sino teniendo la cualidad de heredero.

La ley, en el tercer apartado del art. 999, como en otros varios, llama heredero á la persona designada para suceder por la ley, ó por el testador, y que está en libertad de aceptar ó de repudiar la herencia.

Por muy explícito y terminante que parezca el texto legal, es esta materia una de las que más dificultades pueden ofrecer en la práctica. Todo es relativo, é influyen mucho las circunstancias especiales de cada caso. Es necesario deducir de los actos del heredero su voluntad ó su intención.

No se crea por ello que se trata de una simple cuestión de hecho. Los hechos son la base: de ellos hay que derivar la regla jurídica. La autoridad judicial, al promoverse litigio, apreciará, según las reglas de una sana crítica, cuáles son los hechos que deben estimarse probados, y esto no puede ser motivo de casación: los hechos son desde luego los que se declaren probados, y no puede pretenderse que fueron otros distintos. Pero de esos hechos, ¿se desprende una aceptación tácita? ¿Suponen necesariamente la voluntad de aceptar, pudiendo ejecutarse solamente teniendo la cualidad de heredero? Esta es ya una cuestión de derecho que puede ser apreciada de distinto modo por el Tribuna Supremo, y de aquí que proceda contra la resolución en segunda instancia el recurso de casación.

La ley comprende la dificultad. Por esto, por vía de aclaración, determina que los actos de mera conservación ó administración provisional, no implican, por regla general, aceptación

de la herencia, y señala determinadamente en el art. 1000 otros actos que suponen esa aceptación.

Sin perjuicio de examinar inmediatamente cuáles actos suponen necesaria é imprescindiblemente la voluntad de aceptar la herencia; cuáles no llevan consigo la aceptación y, en último término, casos en los que la solución puede dar lugar á dudas, exponemos á continuación la doctrina sentada por la jurisprudencia con respecto á la determinación de cuáles actos llevan consigo los requisitos exigidos en el art. 999.

Siguiendo el orden meramente cronológico, es digna de mención la Resolución de la Dirección general de los Registros de 25 de Mayo de 1895, según informe del Registrador, aceptado por la Audiencia y confirmado por el Centro directivo, el hecho de haber intervenido una hija del causante en los autos que al morir dejó reservados su padre para sostener la misma pretensión deducida por éste, es un acto que, sin género alguno de duda, implica por parte de dicha interesada aceptación de la herencia, ya que no habría tenido derecho á ejecutarlo sino con la cualidad de heredera.

En este mismo concepto corrobora la doctrina de la anterior Resolución la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1901. Terminantemente, y como aclaración al último párrafo del art. 999, establece que hay que reputar como aceptante de una herencia á quien acude ante la Administración pública ostentando el *título* y *calidad* de heredero en una *reclamación relacionada con la sucesión*.

A la inversa, la sentencia de 8 de Julio de 1903, amparándose en el sentido y espíritu del referido art. 999, dispone que no tiene la naturaleza de aceptación voluntaria y consciente de herencia el mero hecho de aprobar unos herederos las cuentas de un administrador, percibiendo unas rentas de una finca de la que eran dueños en nuda propiedad, cuyas rentas les fueron entregadas y las recibieron, *aunque erróneamente*, en concepto de dueños, habiendo, además, renunciado antes la herencia.

Más terminante la sentencia de 1.° de Marzo de 1905, expre-

sa los diversos casos en los que no se reputan los actos del heredero como presuntivos de la aceptación de la herencia. En sus más fundamentales Considerandos establece las siguientes reglas doctrinales:

1.ª La obligación del heredero de pagar con sus bienes las deudas hereditarias, proviene de la aceptación de la herencia, hecha pura y simplemente, de modo expreso ó tácito, á saber: por actos del heredero que *supongan necesariamente* su voluntad de aceptar, ó sea por gestión del mismo, á la que no tendría derecho sino con tal cualidad de heredero.

2.ª Las meras omisiones del instituído no revelan voluntad de aceptar, porque la aceptación, *no siendo expresa, se ha de fundar precisamente* en actos que la patenticen, ejecutados en concepto de heredero, y porque sería contrario á toda razón legal que el derecho se entendiera ejercitado por la dejación del mismo.

3.ª El hecho de indicar el hijo bienes propios sobre que trabar embargo al ser requerido al pago de una deuda de su padre, pero con la protesta de oponerse, oposición que no efectuó, no revela, aun prescindiendo de la protesta, gestión alguna de heredero por parte del hijo, porque éste no designó los bienes hereditarios ni dispuso de ellos, limitándose á consentir la traba de los suyos propios, hecho que en ningún modo tiene el alcance y transcendencia necesario para significar aceptación; y

4.ª Las meras omisiones de no repudiar la herencia, no manifestar intención de no ser heredero y no haberse opuesto á la ejecución para excepcionar falta de personalldad, no revelan aceptación tácita, *porque sobre no poder interpretarse las omisiones como gestiones ó hechos en ningún sentido*, equivaldría el supuesto de la aceptación de la herencia por tales circunstancias negativas al inadmisible de considerarla hecha por omisión de la misma, ó, por consecuencia, sólo de no haberla repudiado.

A su vez la Resolución de la Dirección de los Registros de 21 de Mayo de 1910 hubo de resolver, que si una escritura de hipoteca aparece otorgada en primer término por quien se dice

albacea de otro, sin tener para ello facultades por no estarle expresamente concedidas en el testamento, ni poder representar la herencia bajo el supuesto de hallarse yacente, por ser necesario para ello que hubiera sido repudiada, por lo menos estuviere pendiente de aceptación, fueren desconocidos los herederos, y resultando haberse verificado con citación de éstos el inventario de los bienes, así como el reconocimiento y pago de un crédito hecho con el consentimiento de los propios herederos, éstos autos implican la aceptación de la herencia con arreglo á lo prevenido en el art. 999 del Código civil.

I.—Actos que suponen necesariamente la aceptación.

Entiéndese aceptada la herencia, según el art. 1000, en los casos siguientes:

A) *Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á alguno de ellos.*

Para transmitir en virtud de cualquier título el derecho á la herencia, es preciso haberlo antes adquirido definitivamente. No basta el llamamiento hecho por el testador ó por la ley, que lleva consigo el derecho á la sucesión, porque este derecho se halla ligado á la voluntad del heredero que puede querer ó no querer aceptar esa sucesión; hay una condición suspensiva, de cuyo cumplimiento depende la adquisición definitiva del derecho. Mas desde el momento en que el sucesor, el llamado á la herencia, la transmite á otro, sea quien fuere, ejerce un acto de disposición, un acto de propietario que sólo puede realizar como heredero definitivo, y que supone *necesariamente* la voluntad de aceptar.

Aunque los coherederos en cuyo favor se dispone del derecho, sean las personas á quienes correspondería en todo caso la herencia por falta del transmitente, esta circunstancia no altera la verdad del principio expuesto: disponer es acto de propiedad; si el sucesor se considera propietario, es evidente que ha

aceptado la sucesión. En caso de renuncia, la ley modifica el rigor de este principio en el núm. 3.º del art. 1000.

B) Cuando el heredero renuncia la herencia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

El sucesor, según el art. 988, es libre para aceptar ó renunciar la herencia. Mas si la renuncia la hace en favor de uno solo de sus coherederos, ó de varios de ellos, pero no de todos los que tendrían derecho á suceder por falta del renunciante, no hay realmente renuncia, hay una cesión, un acto de disposición, como en el caso anterior. Poco importa que esa cesión sea gratuita: los cesionarios adquieren un derecho que no les correspondería legalmente en caso de renuncia verdadera: un derecho que reciben de otro sucesor que se desprende de él, ejecutando con ello un acto de dominio, que sólo como heredero aceptante pudo realizar.

Aunque la renuncia se hiciese en favor de *todos* los coherederos, el resultado sería el mismo, si esos coherederos, no eran los llamados legalmente á la sucesión por falta del renunciante.

C) Cuando el heredero renuncia la herencia por precio á favor de todos sus coherederos indistintamente.

La renuncia por precio, no es la renuncia que autoriza la ley. El heredero no renuncia en realidad, pues que adquiere un equivalente. Si el precio le corresponde, es á cambio de un derecho que considera suyo y del que dispone. La ley estima con razón que ese acto envuelve aún una aceptación tácita.

Las palabras: *todos sus coherederos indistintamente*, quizás no son las más propias para expresar el alcance del precepto. El número 3.º del art. 1000, como lo prueba la segunda parte del mismo, quiere decir más de lo que parece. La ley señala los efectos de la verdadera renuncia, y considerando que en ella falta el heredero renunciante, llama á su cuota á otras personas en virtud del derecho de sustitución, del de acrecer ó de las reglas de la sucesión legítima. Si la renuncia por precio se hace á favor de ese sustituto, ó de las personas llamadas por la ley en virtud de la sucesión intestada ó del derecho de acrecer, la

existencia del precio quita al acto la idea de desprendimiento incondicional ó abdicación completa que la renuncia verdadera envuelve.

Con mayor razón ocurrirá lo mismo cuando la mal llamada renuncia se haga en favor de todos los coherederos indistintamente, y estos coherederos ó algunos de ellos no sean los llamados á la sucesión de la porción vacante, porque entonces puede decirse que hay transmisión á extraños, como en el caso segundo, y aun cuando no mediase precio, esa renuncia encerraría un acto de disposición, y supondría necesariamente una aceptación anterior por el transmitente.

En los tres casos apuntados, á los efectos del pago del impuesto de derechos reales y de la inscripción en el Registro de la propiedad, hay dos transmisiones: una á favor del sucesor por título de herencia, otra á favor de la persona ó personas en quienes vino á recaer el derecho hereditario en virtud de la cesión ó de la mal llamada renuncia.

A los acreedores, por regla general, les es indiferente que el acto se entienda en tales casos renuncia ó aceptación, pues siempre deberán reclamar sus créditos contra las personas que resulten ser herederos, y al cedente ó renunciante sustituye legalmente el cesionario ó los adquirentes del derecho. Pero si el acto les ocasionase perjuicios, podrían pedir su rescisión, como realizado en fraude de sus derechos.

Además de estas consecuencias, antes de la cesión ó renuncia, y desde la muerte del causante, el transmitente ha de ser considerado para todos los efectos legales como heredero que aceptó.

Aparte los tres expresados casos del art. 1000, que todos ellos se refieren á la cesión del derecho á la herencia, pueden señalarse otros que necesariamente implican aceptación. Tales son los siguientes:

a) La partición de la herencia ó la demanda reclamando esa partición.

b) El ejercicio de la acción de petición de herencia induce

aceptación, aunque no es preciso que ésta sea pura, pues como veremos, el art. 1021 permite aun después la aceptación á beneficio de inventario.

c) Los actos de enajenación de determinados bienes á objetos de la herencia, ó de particiones indivisas de los mismos. No se concibe la disposición por venta, permuta, cesión, donación, adjudicación en pago de deudas á los acreedores, etc., actos indudables de dominio, sin haber aceptado la sucesión. Si resulta enajenada una cosa que no era de la herencia, pero que el heredero creyó comprendida en la misma, hay también aceptación, porque hubo voluntad de realizar un acto de heredero, y ante todo se atiende á la intención.

De esta regla se exceptúan en primer término aquellas enajenaciones, que, admás de hacerse en legal forma, impliquen sólo un acto de mera conservación ó administración provisional, como las de frutos ú objetos que sufran grave riesgo de perecer ó que puedan deteriorarse.

En segundo lugar, las enajenaciones verificadas en virtud de violencia ó intimidación ó por error propio del sucesor, ó motivado por el dolo ó engaño de un tercero, como si el heredero, disponiendo de bienes de la herencia, creyese que le correspondía por diverso título, pues una vez probado ese error se demuestra que no hubo intención de aceptar. En suma, los actos en que no intervenga la voluntad consciente del heredero.

Y, por último, los enajenaciones que realice el heredero en distinto concepto del de sucesor, por ejemplo, como albacea en los casos en que le autorice la ley, como mandatario de otro heredero, consocio, etc.

La renuncia hecha por un heredero en favor de determinada Sociedad, de cierto saldo existente á su favor, envuelve aceptación, y supone una cesión de bienes sujeta al pago del impuesto de derechos reales. (Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 19 de Diciembre de 1903).

_d)_ La constitución de toda clase de derechos reales por el he-

redero, sobre bienes de la sucesión (usufructo, nuda propiedad, servidumbres, censos, hipoteca, prenda, anticresis, etc.), con las mismas salvedades antes expresadas.

e) La transación y el compromiso con relación, no á la validez del testamento ó sus cláusulas, sino á los bienes ó los derechos comprendidos en la herencia.

f) El ejercicio de las acciones transmitidas por la sucesión del causante, como la reclamación de créditos, resolución de derechos, anulación de contratos, reducción de donaciones, reivindicación de fincas, libertad de servidumbres, etc.

Hay acciones que corresponden al sucesor, como poseedor de derecho, mientras se acepta ó no la herencia. Tales son en general las acciones posesorias. El ejercicio de éstas, por sí solo, nada prueba, porque pueden ser necesarias como acto de conservación. Otro tanto puede decirse de otras especiales, nacidas del deber de administración provisional, como el desahucio de un arrendatario que se niega á pagar la renta.

g) El disfrute de los bienes de la herencia, como el hecho de consumir sus frutos, habitar la casa del testador, utilizar en su habitación los muebles de la herencia, ordenar sin necesidad la tala de un monte, etc.; siempre que este disfrute no corresponda al heredero por otro cualquier título ó concepto (arrendatario, usufructuario, anticresista, alquilador, etc.).

h) Los actos de administración definitiva, como el arrendamiento á largo plazo, el pago de las deudas hereditarias con bienes del causante, la entrega de legados, el nombramiento de un administrador con amplias facultades, etc.

i) Los mismos actos de administración provisional ó de mera conservación, cuando con ellos se toma el título ó la cualidad de heredero. Tomando este título ó cualidad de un modo formal, mediante manifestación que produzca efectos jurídicos contra el que la hace, debe entenderse que quiso aceptar. Para que prevalezca lo contrario, á falta de conformidad entre los interesados, es necesario que el sucesor pruebe que fué otra su intención, y que judicialmente se declare que se tomó el título ó la

cualidad de heredero en el sentido de ser llamado á suceder, y no el de querer aceptar la sucesión.

j) Por último, se entiende aceptada la herencia en los casos á que se refieren los arts. 1002, 1005, 1018, 1019 y 1024, no con arreglo siempre á la voluntad del heredero, sino á veces aun en contra de dicha voluntad, como veremos en el comentario de dichos artículos. Véase también el del art. 1014.

Como en esta materia todo es tan relativo, los expresados actos, aunque suponen aceptación, no siempre demuestran que esta aceptación haya de ser pura, pues llenándose las formalidades y cumpliéndose los requisitos á que se refieren los arts. 1011 al 1018, puede aceptarse á beneficio de inventario. En la mayor parte de dichos casos hay que tener también presente, que para que haya verdadera aceptación, es preciso que la voluntad del heredero ó sucesor, al realizarlos, no está viciada por el error, dolo, la intimidación ó la violencia; que esos actos sólo puedan ejecutarse teniendo la cualidad de heredero, y que éste anteriormente no haya manifestado formalmente su voluntad de renunciar.

II.—Actos del sucesor que no implican aceptación de herencia.

Podemos comprenderlos en tres grupos: 1.°, la renuncia gratuíta en favor de los que, por falta del renunciante, deben recibir su parte de herencia; 2.°, los actos que el sucesor tendría derecho á ejecutar, aun sin tener el título ó la cualidad de heredero; 3.°, los actos de mera conservación ó administración provisional.

A) *Renuncia gratuíta en favor de los que, por falta del renunciante, deben recibir su parte de herencia.*—A este caso se refiere la última parte del núm. 3.° del art. 1000.

La renuncia verdadera que la ley consiente al heredero es la extintiva. El sucesor abdica su derecho sin condiciones ni reservas, lo abandona en absoluto, y la ley cuida de adjudicarlo á quien corresponda. Se sigue de aquí que la renuncia en favor de-

determinadas personas, sean quienes fueren, más que renuncia, es propiamente cesión, onerosa ó lucrativa, según que el renunciante reciba ó no algún equivalente.

Pero cuando esa renuncia es enteramente gratuíta, y además se hace en favor de las personas á quienes desde luego, por sustitución, por acrecimiento, ó por sucesión intestada correspondería adquirir la porción del que renunció, la ley estima que no ha habido realmente aceptación, puesto que los efectos son idénticos al caso en que la renuncia hubiera sido extintiva y absoluta. Se entiende que el heredero, al renunciar en favor de las citadas personas, no hace más que declarar, aunque innecesariamente, las consecuencias que resultan de su renuncia con arreglo á la ley. Esta renuncia, sin embargo, puesto que produce los efectos de una renuncia extintiva absoluta, ha de hacerse en la forma que ordena el art. 1008.

Se pretende por varios escritores, y entre ellos por Losana, que para que el acto se entienda renuncia, es preciso que el móvil de ella no sea únicamente el beneficiar á otros coherederos, porque la renuncia se comprende en una sucesión en la que existan deudas y se teman las consecuencias de una aceptación; mas si la herencia es desde luego lucrativa; si el fin de la misma no es abstenerse ante el peligro, sino favorecer á un coheredero, y con mayor motivo si debe presumirse el cariño hacia éste, por ser un hijo, un esposo, un padre, etc., el acto no es renuncia, es desde luego donación, en cuyo caso ha de entenderse aceptada la herencia.

Nada cabe oponer á este razonamiento en el terreno de los principios jurídicos. Pero la ley no distingue, no atiende al móvil que guiase al renunciante, ni á si la herencia es más ó menos peligrosa: le basta la concurrencia de dos requisitos: que la sucesión recaiga en quien de todos modos debiera recaer al faltar el renunciante, y que éste no reciba precio ni equivalente alguno por el acto que realiza. ¿En este acto donación? La ley no lo niega ni lo afirma. Se limita á decir que en ese caso no se entiende aceptada la herencia.

Esta cuestión nos lleva á tratar otra que es sólo un aspecto distinto de la misma. El núm. 1.º del art. 1000 determina que el que dona ó cede su derecho á todos sus coherederos se entiende que acepta la sucesión. Siendo la renuncia en favor de determinadas personas una verdadera donación, el citado número 1.º contradice, al menos aparentemente, la última parte del núm. 3.º ¿Qué precepto debe aplicarse?

Ya hemos dicho que la ley, por las circunstancias especiales del caso, equipara el acto en la última parte del citado núm. 3.º á una verdadera renuncia extintiva, y por tanto, este precepto, como especial, debe cumplirse. Por lo mismo que el caso era dudoso, la ley lo resuelve como ha creído más justo.

Y en verdad, la renuncia, y la ley estima que la hay, no es la donación. La donación requiere aceptación por el donatario; la renuncia es un acto unilateral, válido, aunque las personas en quienes recae el beneficio, ni acepten la renuncia, ni acepten la sucesión después: el donatario recibe su derecho del donante; aquellas otras personas lo reciben del testador ó de la ley, y al aceptar suceden al causante: la donación es revocable por superveniencia de hijos, y aun por ingratitud é incumplimiento de condiciones, y está sujeta á colación é imputación, á reducción ó á anulación, mientras que la renuncia es irrevocable, no admite condiciones, ni puede después pretenderse que sea el beneficio que de ella resulte, ni reducible ni anulable.

Ahora bien: ambos actos son gratuítos, y ambos pueden rescindirse si se hacen en perjuicio de acreedores.

Repetimos que la ley equipara la renuncia á que se refiere la última parte del art. 1000, á una verdadera renuncia extintiva, por lo que la forma de aquélla y sus efectos deben seguir las reglas de ésta y no las de las donaciones.

La renuncia en la forma expresada no se halla sujeta al pago del impuesto de derechos reales. Los herederos que queden, pagarán según el grado de su parentesco. Tampoco exige esa renuncia inscripción alguna en el Registro de la propiedad á favor del renunciante. Con relación á la exención del pago del im-

puesto de derechos reales, es terminante el precepto del art. 21 del reglamento de dicho impuesto, y la doctrina del Tribunal Contencioso-administrativo de 8 de Junio de 1901.

No exige la última parte del núm. 3.º del art. 1000 que la renuncia se haga en favor de todos los coherederos, sino sólo de aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada. Si suponemos que son herederos por partes iguales A., B., C. y D., que A. renuncia en absoluto, y B. lo hace también gratuitamente, pero sólo en favor de C. y de D., este último acto, ¿envuelve renuncia ó aceptación? ¿Debe aplicarse el núm. 2.º del artículo 1000 ó la última parte del núm. 3.º? En nuestra opinión, si la renuncia de A. es anterior á la de B., la porción de éste sólo debe acrecer á C. y á D., por lo que el acto de B. se estimará renuncia; mas si A. no había aún renunciado, la porción de B. debía corresponder á C., D. y A.; y haciéndose sólo en favor de C. y D , el acto envuelve aceptación. Debe atenderse, por tanto, al momento en que se efectúa la renuncia para ver si se hace en favor de aquellas personas en quienes legalmente debía de todos modos recaer la porción vacante; es de aplicación á la materia la Resolución de la Dirección de los Registros de 12 de Noviembre de 1910, la cual, al efecto de determinar si la renuncia de herencia encierra una donación que haga necesaria la previa adjudicación de bienes en favor del renunciante, dispone que debe examinarse si tal acto implica ó no por la forma en que se haya verificado la aceptación por parte del renunciante, y que conforme al núm. 3.º del art. 1000 del Código civil, no se entenderá aceptada cuando la renuncia fuere gratuita y los herederos á cuyo favor se haga, sean aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada.

B) Actos que el sucesor tendría derecho á ejecutar aun sin tener la cualidad de heredero.—Siempre que los actos ejecutados por el sucesor puedan atribuirse á una cualidad ó derecho distinto al de heredero, no suponen necesariamente la voluntad de aceptar, y no existe, por tanto, aceptación tácita.

El heredero nombrado albacea por el testador, satisface lega-

dos en metálico, ó dispone y paga los gastos de funeral: estos actos no prueban su aceptación, pues aunque no fuese heredero tendría derecho á realizarlos.

El heredero poseía con el causante una finca proindiviso, ó tenía constituída con el mismo una sociedad. No hay aceptación tácita necesariamente, porque para ejecutar esos actos puede moverle el interés de comunero ó el de socio.

El heredero poseía antes de morir el testador bienes de la herencia, con buena ó mala fe. Después continúa su posesión. No realiza acto alguno de heredero: ejecuta los mismos actos que ejecutaba antes de tener esa cualidad. No puede necesariamente, suponerse la voluntad de aceptar.

El heredero habitaba como inquilino una casa del testador, ó cultivaba como colono una hacienda suya, ó usufructuaba diversos bienes. Continuar habitando, cultivando ó usufructuando, no envuelve aceptación de la herencia.

El heredero practica las diligencias necesarias para el entierro del causante, y paga con su dinero particular el ataud, el nicho, las medicinas ú otro gasto preciso. Estos gastos no significan aceptación. Un extraño puede encargarse de ellos por motivo de piedad, ó por cariño ó gratitud hacia el difunto ó hacia su familia.

El heredero paga con dinero de su pertenencia el salario de los criados ó ciertos créditos urgentes contra la herencia. Es natural suponer que lo haga como heredero; pero no es necesaria é imprescindible esa suposición. Aun sin ser heredero, cualquiera tiene derecho á realizar ese pago con arreglo al art. 1158, tenga ó no interés en el cumplimiento de la obligación.

El heredero ha renunciado la herencia: ya no es heredero; cualquier acto que realice no puede ya suponer aceptación.

El heredero confiere poder á tercera persona para que en su nombre acepte ó repudie la herencia: realiza acto de sucesor y no de heredero definitivo. Claro es que no media voluntad decidida de aceptar. Con el criterio de estos ejemplos pueden resolverse una porción de casos análogos.

C) *Actos de mera conservación ó de administración provisional.*— Estos actos pueden suponerse ejecutados por los interesados como herederos; pero el art. 999 los excluye expresamente, porque más que el ejercicio de un derecho, constituyen el cumplimiento de un deber en los sucesores.

Los bienes á la muerte del causante no deben quedar abandonados. Necesario es cuidarlos y conservarlos. Del art. 440 no se deduce que necesariamente hayan de ser los herederos los administradores provisionales del caudal, sino bajo la base de adir la herencia; pero lo que en ese artículo puede resultar dudoso, se concede expresamente, como permitido en ciertos casos, en el 999.

El núm. 4.º del art. 902 atribuye á los albaceas el deber y la facultad de tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes, pero con intervención de los herederos.

Y por último, en caso de promoverse el juicio de testamentaria ó abintestato, ó cuando se solicite el beneficio de inventario, ó cuando fuere preciso, ya por imposibilidad de los sucesores, ya por falta ó renuncia de los en primer término llamados, se pedirá y se nombrará especialmente un administrador.

Habiendo, pues, herederos, no existiendo entre ellos cuestiones pendientes, no siendo el juicio de testamentaría necesario, ni habiéndose pretendido el beneficio de inventario, esos herederos, solos, como heredero y albaceas legítimos, ó de acuerdo con el albacea testamentario, ejercen la administración provisional.

Los actos de mera conservación son fácilmente comprensibles. Los de administración provisional se enlazan de tal modo con los de administración definitiva, que es difícil fijar el límite entre unos y otros. Claro es que aquéllos atienden á circunstancias de momento y son de corta duración, debiendo tener un carácter temporal y transitorio, y por esto puede decirse que la ley considera actos de administración provisional los de mera conservación, las precauciones necesarias para el cuidado y con-

servación, ó sostenimiento y custodia de los bienes, como dice el art. 902.

Custodiar los bienes y conservarlos durante la situación anormal por que atraviesa la herencia, esto es todo, y así creemos debe interpretarse en esta parte el art. 999. Todo acto que se funde en ese deber, que encuentre en el mismo natural explicación, no envuelve aceptación.

Guardar los documentos del causante ó los frutos de sus bienes bajo llave; depositar las alhajas ó valores, y aun los muebles; inventariar con determinadas formalidades cuanto corresponda á la sucesión; hacer precisas reparaciones en los edificios; sembrar en las fincas rústicas; recolectar y guardar los frutos; enajenarlos si no pueden conservarlos en buen estado; cobrar y depositar las rentas y alquileres, llevando cuenta de todo; vigilar é inspeccionar todos los servicios; entablar interdictos; renovar á corto plazo un arrendamiento; pagar las contribuciones, los intereses de un préstamo, los réditos de los censos, etc., deben estimarse actos de administración provisional.

Cuando los herederos necesiten enajenar algunos bienes en cumplimiento de su deber de conservarlos y administrarlos provisionalmente, ¿con qué formalidades deberán hacerlo? ¿Se aplicará el art. 903, el 1030, ó los pertinentes de la ley de Enjuiciamiento civil? Claro es que estimamos que en el deber de administrar provisionalmente no está comprendido el pago de legados ni el de deudas contra el caudal, y mucho menos la enajenación de bienes de la herencia para realizar esos pagos, y por tanto, que en todo caso los arts. 1030 ó 903 sólo serían aplicables por analogía.

Creemos que el art. 903, al conformarse con la sola intervención de los herederos y del albacea, supone que está aceptada la herencia, y que intervienen los herederos aceptantes, y por tanto, que no es aplicable á este caso, en el que, por el contrario, se entiende no aceptada la sucesión. En el art. 1030 se exigen determinadas formalidades, que pueden suplirse con el consentimiento ó acuerdo de herederos, acreedores y legatarios,

habiendo aquéllos aceptado también, aunque á beneficio de inventario, é interviniendo, por tanto, todos los interesados. Cuando el sucesor no se ha decidido aún á aceptar ó renunciar, no se sabe quienes serán en definitiva los herederos.

Estimamos, pues, que se trata de enajenaciones realizadas por simples administradores provisionales, y que deben aplicarse las reglas establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil, á la que nos referiremos al comentar el art. 1030 del Código, y que la enajenación en forma distinta, como extraña á la simple administración provisional, acusa una extralimitación de atribuciones y supone la aceptación de la herencia.

III.—Actos que pueden estimarse dudosos.

1.° El pago del impuesto de derechos reales correspondiente á la transmisión hereditaria.

Discútese este caso: siendo la opinión general, casi unánime, que no supone ese pago necesariamente la voluntad de aceptar.

Claro es que se trata del caso en que el documento, que motive la liquidación y exacción del impuesto, no demuestre ya la aceptación. Si el pago lo realiza el contador ó los herederos, pero éstos de su propio peculio, ó se realiza en virtud de apremio de la Administración que obliga á la presentación de documentos y al pago, tampoco habrá cuestión.

Pero hecho el pago voluntariamente, por los mismos herederos y con fondos de la herencia, estimamos que hay aceptación. Claro es que se trata de un deber de los herederos, pero de los herederos aceptantes, no de los sucesores que no piensen aceptar, ó no saben si aceptarán ó no, ni puede fijarse la cuota que corresponde satisfacer hasta que se sepa quiénes sean los herederos definitivos. Para el pago se concede un plazo largo y prorrogable, después del cual la pena es una multa. El hecho es que se dispone de fondos de la herencia, acto propio de un heredero, y que no encaja en los límites de la administración provi-

sional; no es una obligación, porque suponemos el pago voluntario y porque el deber sólo existe en los que aceptan. No se trata de evitar un mal mayor, porque sobre ser la pena insignificante, la liquidación se gira á favor de personas ó parientes determinados, y si luego no son herederos en definitiva, lo pagado no se devuelve, y habría de pagarse nuevamente en virtud de nueva liquidación, lo cual perjudicaría más que la simple multa, probable, no segura, porque aun cabe perdón.

2.° La inscripción en el Registro de la propiedad.

La Dirección general de los Registros tiene declarado que cabe inscribir el derecho hereditario, y aun la partición de herencia hecha por un Contador en virtud del art. 1057, ó por el testador mismo, sin que conste la aceptación por los herederos. Otras veces el documento mismo inscribible contendrá ya la voluntad de aceptar. De modo que, por regla general, la inscripción no suele añadir ni quitar nada al acto. Sin embargo, si un heredero en nombre propio presenta la partición de bienes hecha por el Contador, y pide la inscripción á su favor, firmando el asiento de presentación, tal hecho supone la voluntad de aceptar.

Lo mismo debe decirse respecto al heredero que por sí mismo pretende que las fincas del caudal ó parte de ellas se amillaren á su nombre, firmando las relaciones de alta y baja.

3.° Sentencia condenando á un sucesor como heredero puro y simple.

Es opinión generalmente admitida, que si el sucesor ha negado siempre su aceptación, la sentencia sólo produce efecto entre los que fueron parte en la cuestión litigiosa, de modo que el heredero no es aceptante con relación á otras personas.

Si la situación de ese sucesor ha sido puramente pasiva, como puede ocurrir en un embargo, ó si la declaración es incidental y no ha sido objeto principal del pleito, estamos conformes. Mas cuando se discute precisamente si hubo ó no aceptación pura, y se declara que la hubo, conformándose con este fallo el heredero, ó sentándole de hecho como jurisprudencia el

Tribunal Supremo, no vemos más remedio que admitir la aceptación con relación á todos los interesados. Ni ganaría nada el sucesor con empeñarse temerariamente en nuevos litigios.

El art. 833 del proyecto de Código de 1851 decía: «El que á instancia de un legatario ó acreedor hereditario haya sido declarado ó condenado definitivamente como heredero de otro, será habido por tal para los demás legatarios y acreedores hereditarios sin necesidad de nuevo juicio.» Lo mismo establecen el artículo 1246 del Código de Chile y 3966 del de Méjico.

4.º Poder conferido por el heredero á otra persona para que en su nombre acepte la herencia, ó venda los bienes de la misma, en caso de ser revocado antes de que se realice la venta ó la aceptación por el mandatario.

Es esta una cuestión muy debatida, nacida de ser el mandato ó poder revocable, y la manifestación de querer aceptar irrevocable. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1897 sienta la doctrina siguiente: «El hecho de conferirse poder para que una tercera persona acepte la herencia, no equivale por sí solo á la aceptación, porque el otorgamiento del poder revela tan sólo un mero propósito, mas no la decisión irrevocable de aceptarla, pues ese propósito requiere como complemento necesario que el mandatario, conocedor de las instrucciones que le hubiere dado el mandante, realice en nombre de éste el acto de la aceptación, siguiéndose de todo lo expuesto que en el caso de no haberse hecho uso alguno de ese poder, está el presunto heredero en libertad completa para abstenerse de la herencia, y por lo mismo para repudiarla.»

5.º Reparto de las ropas del difunto ó de otros objetos de la sucesión.

Es una verdadera donación, que revela, á nuestro modo de ver, la voluntad de aceptar.

6.º Pago de las deudas hereditarias con dinero de la herencia.

Ya hemos dicho que, en nuestra opinión, tanto este pago como el de los legados, salvo cuando se hacen legalmente por

los herederos en concepto de albaceas ó de administradores judiciales, suponen necesariamente la voluntad de aceptar. Si los acreedores ó legatarios reclaman judicialmente, el sucesor debe excepcionar la falta de aceptación. Véanse los arts. 1004, 1005, 1015 y 1016.

Lo mismo entendemos en el caso de pagarse el heredero á sí mismo algún crédito ó algún legado.

Ahora bien: si el heredero se limita á recoger una prenda ú objeto suyo que había dado en comodato al causante, el caso es distinto, y no envuelve aceptación.

7.° Entablar la acción de incapacidad contra un coheredero.

Estimamos que supone la voluntad de aceptar.

8.° El cumplimiento por parte del sucesor de la condición potestativa de que dependía su institución, le convierte en sucesor sin condición, pero no indica que haya querido aceptar la herencia.

Cuando en los casos expresados el acto suponga aceptación, no ha de entenderse siempre que ésta ha de ser pura, pues llenándose las formalidades exigidas para el beneficio de inventario, puede escogerse esta forma de aceptación.

Advertiremos, por último, con Cesare Losana, respecto á la aceptación tácita:

a) Que esta aceptación puede presumirse mediante una reunión de hechos, cada uno de los cuales, aisladamente considerado, sea insuficiente para producir ese resultado.

b) Que, en caso de duda, el acto deberá siempre interpretarse como contrario ó no bastante para la aceptación.

c) Que los actos propios de heredero, para suponer aceptación, han de realizarse por las personas que tengan facultad de aceptar pura y simplemente. Los representantes de las personas impedidas ó incapacitadas para aceptar por sí mismas, no pueden, realizando actos de heredero en nombre de las mismas, perjudicarles en su derecho de aceptar con beneficio de inventario ó de renunciar.

Si los actos los realizan las mismas personas incapaces, no

tienen tampoco la eficacia de producir la aceptación pura y tácita, porque sería conceder á esas personas indirectamente la capacidad civil que la ley les niega. Se exceptúa la mujer casada, porque en principio no es incapaz; la licencia del marido puede ser tácita, y se exige sólo como reconocimiento de su autoridad en la familia.

Concordancias.—Concuerdan los arts. 999 y 1000 de nuestro Código con el 778 de los de Francia y Bélgica, 936 á 938 del de Italia y 2027 á 2028 de Portugal.

Entre los hispano-americanos establecen la misma doctrina los arts. 3353 á 3362 del argentino que casuísticamente en cada uno de los artículos citados expone los actos que importan aceptación, ó que determinan adición de herencia, y los que se consideren realizados en ejercicio de heredero.

Bolivia, en su carencia de disposiciones, sin embargo, dispone en su art. 544 que los actos puramente conservatorios de inspección ó administración posesoria, para impedir males á la testamentaría, no son actos de aceptación. La jurisprudencia de la Corte Boliviana tiene establecido que la simple solicitud para la formación de inventario, no importa aceptación.

Chile (arts. 1241 á 1243), Colombia (arts. 1298 á 1300), Ecuador (artículos 1231 á 1233), salvo ligeras modalidades de expresión, concuerdan también sustancialmente con nuestro Código.

Guatemala (arts. 851 y 852) hace constar que el heredero acepta expresamente la herencia, manifestándolo al juez, ó pidiéndole posesión de los bienes, ó usando del título ó de la calidad de heredero en instrumento ó acto público, reputándose que el heredero acepta tácitamente, cuando entra en posesión de la herencia, ó practica otros actos para los cuales no tendría derecho sin ser heredero.

Honduras (arts. 1122 y 1123), copia literalmente los respectivos del Código español. Costa Rica exige, en su art. 528, como requisito de la aceptación expresa que se pida al juez del domicilio de la sucesión la declaratoria de heredero.

Méjico no guarda concordancia con nuestro art. 1000, pero su art. 3672 es casi el mismo que el 999 de nuestro Código.

Perú, en sus arts. 754 y 755 sigue los preceptos del de Guatemala antes expuestos.

El de la República de El Salvador, como el de Costa Rica, no admite más que la aceptación expresa para que produzca efectos legales, para lo cual (art. 1179), el heredero solicitará la declaración ante el juez del domicilio manifestando los nombres y residencia actual de otras personas que por la ley ó el testamento, puedan tener derecho en la sucesión como heredero y que sean conocidas.

Uruguay, en sus arts. 1037 á 1039 concuerda intímamente con el derecho español, así como también el Código de Venezuela en sus correspondientes 909 á 911.

ARTÍCULO 1001

Si el herédero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará á los acreedores en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará á las personas á quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código.

Este artículo no tiene precedentes en nuestra patria. Está tomado del Código de Napoleón, con leves diferencias. El artículo 788 de dicho Código dice así: «Los acreedores del heredero que renuncia en perjuicio *de sus derechos*, pueden hacerse autorizar judicialmente para aceptar la sucesión del causante de su deudor, ocupando el lugar de éste. En este caso, la renuncia *es anulada* en favor de los acreedores, y solamente hasta la concurrencia de sus créditos; mas no en provecho del heredero que renunció.»

El art. 831 del Proyecto de Código de 1851 decía: «Si el heredero, aun sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden éstos pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia á beneficio de inventario, representando al primero. En este caso, la aceptación sólo aprovechará á los acreedores para el pago de sus créditos; pero no al heredero que repudió.»

El art. 1001, como precepto nuevo en nuestro derecho y de carácter excepcional, ofrece bastantes dudas y presenta dificultades en la práctica.

A) Fundamento ó razón del precepto del art. 1001.—En el derecho romano, los acreedores del heredero que renunciaba no podían impugnar esta renuncia. Como hemos dicho, la herencia se entendía adquirida sólo mediante la aceptación y por virtud de la misma, de donde lógicamente se deducía que si el heredero renunciaba, de nada se desprendía, porque nada tenía adquirido; no se empobrecía porque conservaba para garantía de los acreedores los mismos bienes que antes; únicamente perdía la ocasión de enriquecerse, y eso en el caso de que la herencia fuese lucrativa.

Esta teoría, aun prescindiendo de la realidad del perjuicio para los acreedores, y ateniéndose sólo al rigorismo de los principios jurídicos, no pudo sostenerse al ser publicado el Código de Napoleón, puesto que éste estimaba transmitida la sucesión, y con ella la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios al heredero, desde el momento de la muerte del causante, no siendo la aceptación más que una confirmación de la transmisión aquella que realizaba la ley. Entonces se entendió que el heredero, al renunciar, realmente se desprendía de un derecho ya adquirido, por lo que, si lo hacía en fraude de sus acreedores, éstos podían rescindir la renuncia, como toda fraudulenta enajenación.

Realmente en ambas teorías hay más formalismo jurídico que razón, considerando aquello como lo más importante. En la teoría romana, era lo cierto que el heredero deudor, negándose á enriquecerse, perjudicaba á sus acreedores. En el derecho fran-

cés, era también cierto que el heredero renunciante se entendía no haber sido nunca heredero, y no haber adquirido nunca, por lo tanto, propiedad ni posesión alguna. Los comentaristas del Código italiano, huyendo de los extremos del derecho romano y francés, entienden que el derecho á heredar se transmite, en efecto, al tiempo de la muerte; pero no se adquiere sino mediante la aceptación: siendo esta un requisito esencial que perfecciona el acto, dando lugar á la transmisión de la propiedad y de la posesión de los bienes, aunque con efecto retroactivo. Y sin embargo de que ya se sostienen distintos principios jurídicos, sigue admitiéndose el derecho de los acreedores á impugnar la repudiación del heredero, aunque sólo en el caso de que interviniese fraude ó intención de perjudicar, y perjuicio efectivo.

Goyena dice que la buena fe debe ser la base de todos los actos, y que probablemente el deudor recibirá en secreto algún precio por repudiar.

Es, en efecto, mejor legislar fundándose en los dictados de la razón y de la justicia, que en el rigorismo ó consecuencias lógicas de ciertos principios jurídicos más ó menos discutibles.

Sean éstos los que fueren, veamos la situación y juzguémosla. Un heredero tiene diversas deudas, y no cuenta con bienes suficientes para pagarlas. La ley, ó la voluntad de un pariente ó de un amigo, le defiere una herencia de la que debe obtenerse utilidad. El heredero, con buena ó mala fe, por delicadeza ó con dañada intención, renuncia esa herencia. Queda con ello una porción vacante, que, siguiendo las reglas normales de la sucesión, debiera pasar á otros herederos, en virtud de sustitución, acrecimiento ó sucesión intestada. La ley compara el derecho ó interés de estos herederos con el interés y el derecho de aquellos acreedores; los acreedores, por virtud de la renuncia, dejan de cobrar lo que es legalmente suyo; los herederos adquieren gratuitamente por pura liberalidad; aquéllos sufren un perjuicio real y efectivo; éstos obtienen un beneficio que podían esperar, pero que no tenían derecho á exigir. ¿Es más justo que los herederos se enriquezcan ó que los acreedores cobren? La ley re-

suelve en justicia la cuestión, anteponiendo á los acreedores, porque el deudor es libre para renunciar el derecho que la ley ó el testador le conceden, pero siempre que no lo haga en perjuicio de tercero (art. 4.º).

Este creemos que es el verdadero fundamento del precepto del art. 1001. Es, además, este artículo, como el 1937, con el que tiene evidente analogía, y como el 643 y el núm. 3.º del 1297, simple aplicación de la regla general contenida en el 1111, que faculta á los acreedores para impugnar los actos que el deudor realice en fraude del derecho de aquéllos.

B) *Requisitos que deben concurrir para la aplicación del precepto del art. 1001.*—Son los siguientes:

1.º *Renuncia de un heredero.*— Esta renuncia ha de resultar hecha en forma legal.

2.º *Que existan créditos contra el heredero renunciante.*— No es preciso que haya varios acreedores: basta que exista uno, y se trata de acreedores particulares del heredero.

Los legatarios designados por el causante no pueden considerarse como acreedores del heredero, sino mediante su aceptación pura, y puesto que ese heredero renuncia, no pueden ejercitar contra él el derecho que concede el art. 1001. Son acreedores de la sucesión.

2.º *Que la renuncia perjudique á los acreedores.*—Esta circunstancia abraza tres extremos.

a) Sólo los acreedores existentes al tiempo de la renuncia pueden ejercitar el derecho que les concede el art. 1001. Los posteriores á esa renuncia no deben nunca considerarse perjudicados por ese acto.

Aun cabe sostener que los créditos contraídos con posterioridad á la muerte del causante, no deben gozar tampoco de esa ventaja. Pero estimamos más práctico y real partir desde el momento de la renuncia. Esta puede hacerse en fraude de acreedores, posteriores al fallecimiento del causante, y el espíritu del artículo es castigar el fraude y beneficiar á los acreedores que realmente experimenten perjuicio.

b) No hay perjuicio cuando la herencia no es útil. Si el pasivo del caudal supera al activo, el heredero á nadie perjudica con su renuncia, ni los acreedores pueden pretender una reparación imposible. Primero han de pagarse las deudas del causante y aun los legados. Si queda después sobrante, el heredero se desprende de algo, y en algo perjudica á los acreedores Si no hay sobrante, no cabe pretender perjuicio, ni impugnar, por tanto, la repudiación.

c) La renuncia, por último, es un acto gratuíto, porque el heredero deudor renunciante no debe recibir por ella equivalente alguno. Ahora bien: en los actos gratuítos, el fraude se presume (art. 1297); el acto es fraudulento siempre que el deudor no se reserve bienes bastantes para pagar las deudas anteriores al mismo (art. 643). He aquí por qué el art. 1001, separándose en la forma del proyecto de Código de 1851, no exige fraude, y requiere sólo perjuicio para los acreedores: el perjuicio, en una renuncia de derechos, equivale al fraude.

Hay perjuicio, cuando los bienes propios del deudor no alcanzan para el pago de sus deudas, y siempre que el acreedor no tenga más remedio que impugnar la renuncia, por carecer de todo otro recurso legal para obtener el cobro de sus créditos (art. 1294).

4.º *Que medie autorización judicial.* — Por su propia autoridad no pueden los acreedores ocupar los bienes de la herencia para reparar el perjuicio que la renuncia les ocasionó. Su derecho, aunque aparece concedido en la ley, requiere la justificación de existir la renuncia del heredero, de tener algún crédito contra el mismo y de sufrir un perjuicio irremediable por virtud de dicha renuncia. Después de justificados estos extremos, se concederá, si procede, la autorización. Los coherederos, si los hay, podrán, si les conviene, pagar á esos acreedores, ó transigir con ellos, para que se mantenga eficaz la renuncia del deudor.

No se trata de anular la renuncia, porque la renuncia se supone válida. Se trata sólo de rescindirla, en cuanto perjudique

el derecho de los acreedores. De aquí la aplicación, en lo posible, de los arts. 1291 al 1299.

Los acreedores, por lo tanto, dentro del término de cuatro años, deberán pretender la rescisión, justificando su derecho, y dirigiéndose, no sólo contra su deudor, sino también contra las personas en quienes debiera recaer, á no mediar el art. 1001, la porción renunciada, pues como interesados en la cuestión, tienen derecho á defenderse. Por lo menos, debe comunicárseles la pretensión de los acreedores, por si tienen algo que oponer.

Si todos los interesados estuviesen conformes con el derecho de los acreedores, sería innecesaria toda cuestión litigiosa, y bastaría, justificando esa conformidad, solicitar la autorización del juez para aceptar en acto de jurisdicción voluntaria.

C) *Efectos del ejercicio del derecho concedido en el art. 1001.*— Los acreedores son autorizados para aceptar en nombre del deudor. «De esto, dice Goyena, no debe inferirse que hay una verdadera aceptación. Los acreedores no adquieren el concepto, derechos y obligaciones de verdaderos herederos, pues que no quedan obligados á las deudas y cargas de la herencia, ni adquieren otro derecho que el de hacerse pago de sus créditos con la parte que habría cabido al deudor que repudió.»

Semejante aceptación, dice Losana, es sólo una ficción de la ley, mediante la cual los acreedores se encuentran en la misma situación jurídica en que se encontrarían si su deudor hubiese realmente aceptado.»

En suma, diremos nosotros, la renuncia fué válida, por lo que el renunciante queda en absoluto extraño á la herencia, y nada le corresponde, aun cuando después de satisfechos sus acreedores exista un sobrante ó beneficio. Los acreedores rescinden el acto en cuanto les perjudica, nada más que en cuanto les perjudica; el exceso, si lo hubiere, se adjudicará á las personas á quienes corresponda, según las reglas establecidas en el Código, puesto que en cuanto á ese exceso la renuncia á nadie perjudica, y no es necesaria su rescisión.

Son consecuencias importantes de este principio:

a) Que los acreedores han de tener en cuenta los bienes privativos de su deudor; de modo que si éste tiene algunos, no pueden pretender cobrar por entero con los de la herencia, puesto que sólo rescinden el acto de la renuncia en cuanto les perjudica, y hasta donde alcance el perjuicio que se les ocasione.

b) Que, aunque ficticiamente, los acreedores vienen á representar, en virtud de la ley, al heredero renunciante; de modo que pueden reclamar la partición de la herencia en el caso de haber otros herederos. Mas en ella, si existe sobrante, deben intervenir las personas á quienes deba pasar ese sobrante con arreglo á la ley.

c) Que las deudas del causante, tanto hereditarias como testamentarias, son preferentes á las deudas particulares del heredero que renunció; de modo que, deducidas esas cargas, y hecha la división del caudal, la porción ó lote que hubiera correspondido libremente al deudor es la única sobre la cual pueden ejercitar su derecho sus acreedores.

d) Que los coherederos ó personas á quienes debiera legalmente pasar la porción renunciada, pueden pagar en metálico á esos acreedores para retener los bienes de la herencia ó vender los interesados los que fueren necesarios á aquel fin. Son interesados, los acreedores y las personas á quienes debe pasar el exceso sobre el importe de los créditos si los hubiere.

e) Que los acreedores no son herederos, por lo que no se puede reclamar contra ellos por los acreedores del causante ni por los legatarios, ni hay motivo para exigir que esos acreedores acepten á beneficio de inventario; su intervención es limitada, siendo evidente que no responden con sus propios bienes al cumplimiento de las obligaciones del causante. Si el heredero renunciante nada había de adquirir, nada cobrarán sus acreedores.

f) Si no hay coherederos ni personas con interés en recoger un sobrante que no ha de existir, deberá pedirse y obtenerse por los acreedores el nombramiento de un administrador de la herencia.

Por último, si un legatario renuncia su legado en perjuicio de sus acreedores, éstos podrán también ejercitar el derecho concedido en el art. 1001.

D) *Aceptación pura de la herencia por el heredero en fraude de sus acreedores.*—Este caso es contrario al que resuelve el artículo 1001. El heredero acepta pura y simplemente una sucesión gravosa, y confundiendo sus bienes con los del causante, queda responsable al pago de las deudas hereditarias. De este modo resulta que no siendo sus propios bienes suficientes para pagar á sus acreedores particulares, contrae el heredero nuevas obligaciones, cuyo efecto natural es perjudicar á esos acreedores en beneficio de otros del causante cuyo derecho arranca de la pura aceptación. Como esta aceptación es un acto gratuito del deudor, que se realiza sin necesidad y sin beneficio alguno por su parte, el fraude se presume al resultar perjuicio á sus acreedores, y éstos pueden impugnar la aceptación con arreglo al art. 1111. Así como los bienes de la herencia responden preferentemente á las deudas del causante, los bienes del heredero han de responder con preferencia á las deudas del mismo anteriores á la aceptación.

Concordancias.—De los códigos europeos, concuerda este artículo con el ya mencionado 778 de los códigos de Francia y Bélgica, 949 del de Italia y 2040 de Portugal.

De los hispano-americanos, concuerda con los artículos 3385 y 3386 del Código argentino, 550 del de Bolivia, 1238 del de Chile, 1295 del de Colombia y 1228 del Ecuador.

Guatemala (art. 864), dispone que pueden los acreedores del heredero, que no acepte ó que renuncie la herencia, pedir de ella la parte que baste á cubrir sus deudas. En el mismo criterio se inspira el art. 768 del Código del Perú.

Honduras (art. 1124), concuerda literalmente; Méjico, en sus artículos 3694 y 3695, se relaciona también íntimamente con el derecho español; Salvador (art. 1177), guarda asimismo analogía; Uruguay, establece que los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, pueden hacerse auto-

rizar por el Juez, para aceptar por el deudor á beneficio de inventario, en cuyo caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta la concurrencia de sus créditos, y en el sobrante subsiste (art. 1041).

Por último, el art. 922 del Código de los Estados Unidos de Venezuela, dispone que cuando alguno renuncia á una sucesión en perjuicio de los derechos de sus acreedores, éstos podrán hacerse autorizar judicialmente para aceptarla, en lugar del deudor. En este caso, la renuncia se anula, no en favor del heredero que ha renunciado, sino sólo en provecho de sus acreedores y hasta la concurrencia de sus créditos.

ARTÍCULO 1002

Los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.

Según las leyes 9.ª y 12 del tít. 6.º, Partida 6.ª si los llamados herederos *suyos y necesarios*, hijos y descendientes en general, ocultaban ó sustraían algún objeto de la herencia, se entendía que la aceptaban; y si ese acto se llevaba á efecto por herederos voluntarios, no implicaba aceptación, castigándose el hecho á manera de hurto, y debiendo restituirse el doble de lo que se sustrajo ú ocultó.

El Código ha cambiado esta doctrina en el art. 1002 que vamos á examinar.

A) Carácter del precepto del art 1002.—De ordinario, á la muerte de una persona, sus bienes quedan, más ó menos transitoriamente, en poder de algún heredero ó de varios. Deber de éstos es cuidarlos y conservarlos para los sucesores que acepten la herencia, y no aprovecharse de ellos en beneficio propio sin aceptar. Pero, puede y suele ocurrir por desgracia, que,

movidos esos herederos por el egoísmo y la codicia, tratan de apropiarse metálico y otros objetos, arrancándolos de la sucesión, ocultándolos y privando de ellos á sus coherederos ó quitando garantía á los acreedores. A castigar tan inícua acción tiende el art. 1002.

Las penas en que el heredero haya podido incurrir con arreglo al Código penal, habrían de imponerse siempre, por lo que no hay que ocuparse especialmente de ellas. El art. 1002 respeta esas penas, é impone una sanción civil.

Otros códigos, como los de Francia, Bélgica, Guatemala, Chile, Colombia y Ecuador no contentos con esas penas, aun declaran que el heredero perderá todo derecho sobre los objetos ocul tados ó sustraídos. Este castigo es, en verdad, propio y adecuado; puesto que el heredero quiso despojar á los demás de un derecho que les pertenecía, la ley le despoja á él de ese derecho en beneficio de los demás.

En el caso de sustracción ú ocultación de efectos hereditarios por un heredero, no hay aceptación expresa ni tácita; hay sólo un propósito perverso de enriquecerse en perjuicio de otro; no se ejercen actos de heredero ni actos de dueño, sino actos de hurto, de robo ó de estafa. El heredero puede tener la intención de aceptar la herencia: sin embargo, la ley castiga el hecho é impone como pena la aceptación forzosa sin beneficio de inventario.

B) *Circunstancias necesarias para la aplicación del art. 1002.*— Se requieren, como se deduce del mismo artículo, las circunstancias siguientes:

1.ª Que se hayan sustraído ú ocultado determinados efectos.

2.ª Que esos efectos sean pertenecientes á la herencia.

3.ª Que la sustracción ú ocultación se hayan realizado por un heredero.

4.ª Que ese heredero no hubiese antes renunciado la su cesión.

a) Ocultar un objeto negando tenerlo, ó sustraerlo sabiendo que no nos pertenece, revela mala fe y supone desde luego la

intención de aprovecharse exclusivamente de él en perjuicio de tercero.

La ley habla de efectos de la herencia, y se refiere especialmente á los bienes muebles, que son los que más fácilmente pueden sustraerse ú ocultarse; pero si obrando con dolo, el heredero quisiera aprovecharse de la falta de titulación ó del hecho de ser administrador ó arrendatario antiguo de una finca para apropiársela como de su pertenencia, creemos debe aplicarse también el precepto del art. 1002.

El heredero que niega una deuda que tenía en favor del causante; el que teniendo en su poder cierta cantidad en depósito ó algún objeto en comodato, oculta estos hechos ó los niega; el que se lleva á su domicilio alhajas, cuadros ú objetos que pretende apropiarse, son culpables de ocultación ó de sustracción.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa tiene resuelto que cuando el heredero restituye voluntariamente los objetos sustraídos ú ocultados, antes de que se entable contra él reclamación formal, en realidad no hay perjuicio de tercero, y no deben caer aquellos actos bajo la regla del artículo que nos ocupa.

Por otra parte, si el heredero obra de buena fe, si al tomar un objeto ó al ocultar que lo tenga, lo hace en la creencia de que le pertenece, no hay intención dolosa, ni se pena el hecho.

b) Los efectos sustraídos ú ocultados han de pertenecer á la herencia, hayan sido destinados á herederos ó á legatarios. Si no pertenecen, aunque se sustraigan ú oculten en la creencia de que se trata de bienes hereditarios, tampoco será aplicable el artículo 1002, porque no existe daño en esa herencia, que es lo que se castiga en dicho artículo.

Si los objetos se sustrajeron ú ocultaron antes de morir el causante, y viendo próxima su muerte, caso que suele ser el más frecuente, en realidad no hay aún herencia. Sin embargo, si después del fallecimiento esos objetos se retienen, hay ocultación de bienes hereditarios, y debe estimarse el hecho comprendido en el art. 1002.

c) Las últimas circunstancias exigidas son también natura-

les. El hecho de sustraer ú ocultar bienes ajenos siempre es punible; mas sólo cuando lo realiza un heredero, puede considerarse el autor como heredero puro y simple de la herencia.

Si la mujer casada es heredera, los actos de su marido no la obligan; el tutor, el representante de una asociación, corporación ó fundación, etc., no son herederos, por lo que con sus actos ilegales incurren en responsabilidad ellos y no sus representados, sin que quepa castigar á éstos con la pérdida del derecho de renuncia, ó del beneficio de inventario.

Las personas incapaces de *suceder* no pueden ser herederos, y sería anómalo que se les concediese capacidad por el hecho de sustraer ú ocultar efectos de la sucesión.

Los incapaces para *aceptar* por sí mismos, como el menor y el loco, no pueden tampoco ser considerados como herederos puros y simples, aunque realicen los hechos á que el art. 1002 se refiere. Respecto al loco y al niño no hay cuestión por su falta de discernimiento; pero el menor, al llegar á cierta edad, ya sabe lo que hace, y no sólo responde civilmente del daño que causa, sino que es acreedor á pena. Si sustrae ú oculta efectos de una herencia en que se halla interesado, sostiénese por muchos escritores que ha de considerársele heredero puro y simple; mas nosotros creemos con Cesare Losana, que el menor debe restituir los objetos é indemnizar los perjuicios que ocasione, mas no por ello altera la ley la capacidad civil que le merece, porque si es racional que el que puede aceptar voluntariamente por sí mismo, sea considerado heredero puro y simple por la ocultación ó sustracción de bienes de la herencia, es absurdo creer que la misma ley que niega capacidad al menor para manifestar su voluntad, otorgue esa misma capacidad cuando no se manifiesta

En cuanto á la mujer casada, el caso es distinto. En principio es capaz. La licencia del marido es un principio de orden, fundado en ser el jefe de la sociedad conyugal. Si aquélla sustrae ú oculta efectos de la sucesión, será considerada como heredera pura y simple, respondiendo ó no de las deudas heredi-

tarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal, según que el marido fuese ó no coautor, cómplice ó encubridor del hecho, esto es, según que deba considerársele ó no conforme con la sustracción ú ocultación realizada.

El art. 1002 no puede ser aplicable á los legatarios. Respecto á éstos, los Códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador establecen un precepto que estimamos justo. «El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes á una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos, será obligado á restituir el duplo.»

Parece á primera vista que cuando el heredero es único no cabe que oculte ni sustraiga objetos de la herencia. No es, en efecto, natural ese hecho en tales circunstancias; pero si ocurriese, ó lo verificaría para renunciar después la herencia, ó para aceptar con beneficio de inventario, y en ambos casos la ley le impone el castigo que merece. Véase también el art. 1024.

d) Si el llamado á la sucesión renunció á ella, quedó como extraño á la herencia; al ocultar ó sustraer después efectos de ésta, no es ya heredero, y por tanto, aunque el hecho se castigue, no cabe la pena especial del art. 1002.

Si el heredero había aceptado á beneficio de inventario, pierde este beneficio, y si había aceptado pura y simplemente, y los herederos son varios, no se altera su situación. La ley, especialmente, sólo priva de la facultad de renunciar después de la ocultación ó sustracción, y de la de acogerse á beneficio de inventario.

C) *Efectos.*—Quedan expuestos anteriormente, y se expresan con claridad en la ley.

A los coherederos ó interesados corresponde reclamar contra la ocultación ó sustracción, y exigir la aplicación del art. 1002. A esos interesados corresponde probar el hecho, sin perjuicio de que después pueda justificar su buena fe el heredero que sustrajo ú ocultó creyendo que los objetos le pertenecían. Los tribunales resolverán lo que proceda.

No cabe ampararse en el precepto del art. 464. La posesión de los bienes muebles, para que sea equivalente el título, ha de haber sido adquirida de buena fe. Además, como observa Laurent, puede alegarse esa excepción en cuestiones con el propietario, cuando en frente de éste el poseedor pretende la propiedad, no cuando la cuestión se ventila entre coherederos, con los que liga al demandado un lazo de obligación como ocurre en el caso del art. 1002, pues el heredero que ocultó ó sustrajo efectos de la herencia, probado el hecho, está obligado á restituirlos á la sucesión.

Concordancias.—El precepto aplicable á la mala fe del heredero es común á todos los Códigos. En los europeos, los de Francia y Bélgica (art. 792), Italia (art. 953) y Portugal (art. 2053), establecen la misma doctrina.

En las legislaciones hispano-americanas concuerda con el artículo expuesto el 3365 del Código de la Argentina; Bolivia (artículo 555) terminantemente dispone que los herederos que hubieren *robado alguno* ó muchos bienes de la sucesión, por el mismo hecho son excluídos del derecho de renunciar. Se les obligará á permanecer simples herederos, sin parte en las cosas hurtadas ó sustraídas.

Chile (art. 1231), Colombia (art. 1288) y Ecuador (art. 1221), como ya hicimos constar en el comentario, no sólo extienden los efectos legales de la sustracción y ocultación de bienes de la sucesión á los herederos, sino también á los legatarios, quedando unos y otros, además, sujetos criminalmente á las penas que por el delito correspondan. Las mismas disposiciones establece el art. 1171 del Código civil de la República de El Salvador.

Más terminante aún el Código de Guatemala, dentro de los efectos civiles de la mala fe de los herederos, en su art. 856 dispone que los herederos que hayan ocultado algunos bienes de la herencia, no pueden gozar del beneficio de inventario y pierden su derecho á los bienes ocultados: éstos pertenecerán á los coherederos inocentes en la ocultación, y en su falta, á los herederos legales.

Honduras, en su art. 1125, copia literalmente el correspondiente del Código patrio.

El Código de Méjico (art. 3698) ofrece las siguientes modalidades: exige sentencia en que el heredero sea declarado culpable de la sustracción; le impone la responsabilidad de daños y perjuicios y le sujeta además á las prescripciones del Código penal.

Perú (art. 759) sigue la misma doctrina que su congénere el de Guatemala.

Uruguay, en su art. 1042, transcribe literalmente el texto de nuestro Código, así como el de Venezuela, que en el 926, si bien con su acostumbrado laconismo, reproduce los mismos preceptos.

ARTÍCULO 1003

Por la aceptación pura y simple, ó sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.

PRECEDENTES.—Ley 10.ª, tít. 6.º, Partida 6.ª «Si el heredero de que ouiere entrado la heredad del testador, non fiziere el inuentario fasta aquel tiempo que de suso diximos, dende adelante, fincan obligados tambien los sus bienes que ouiere de otra parte, como los que ouo del testador, para pagar cumplidamente las debdas ó las mandas del fazedor del testamento; é non puede retener nin sacar para sí la su quarta parte de los bienes del testador de las mandas; ante las deue pagar enteramente, pues que non fizo el inventario á la sazon que deuia.»

COMENTARIO.—Importantísima es la doctrina del presente art. 1003, que determina el principal efecto que produce la aceptación pura ó simple de la herencia.

Ya hemos dicho que en derecho romano, la aceptación era la que determinaba la transmisión y la adquisición de la herencia con todas sus consecuencias.

En derecho francés, la exageración del principio contrario obliga á Laurent á quitar toda importancia á la aceptación, sosteniendo que cuantos derechos y obligaciones puedan suponerse adquiridos ó contraídos por ella, existían ya con anterioridad en virtud de la *saisine* (ocupación ó toma de posesión), que, de pleno derecho, transfiere al heredero, desde el momento de la muerte del causante, la propiedad y la posesión de los bienes, y con ellas las cargas hereditarias y testamentarias.

Discútese si la aceptación de la herencia es ó no un cuasi-contrato. Si la aceptación es un acto enteramente voluntario y libre, sólo por su voluntad puede el sucesor contraer obligaciones respecto á terceros. Esto nos parece indudable, y demuestra bien claramente la importancia de la aceptación. El mismo derecho francés reconoce que el heredero que renuncia, ha de estimarse que no ha sido nunca heredero; luego nunca tuvo la *saisine*, ni nunca tuvo obligaciones; luego es la voluntad del sucesor la que crea el lazo, la que obliga; ¿por qué despreciarla, asignándole un lugar secundario, relativo é insignificante? Tan esencial es en la transmisión hereditaria la voluntad expresada por la ley ó por el testador, como la voluntad manifestada por el heredero. Son dos actos esenciales en la sucesión, que se completan mutuamente.

El art. 1003 muestra de un modo claro su criterio. Por la aceptación pura, dice, queda el heredero responsable de todas las cargas de la herencia. No es, sin embargo, adoptar la doctrina romana, porque esa aceptación tiene y debe tener efecto retroactivo (art. 989).

El heredero, antes de aceptar pura y simplemente la herencia, debe meditarlo bien. En los casos normales no hay cuestión: la herencia es, por regla general, un título lucrativo. Pero si la herencia es gravosa, si puede acarrear su pura aceptación la ruina de la familia del heredero, el caso exige detenido estudio, conciencia plena en los actos del sucesor, capacidad perfecta. Por esto la ley concede absoluta libertad al heredero para decidirse, y por esto requiere para aceptar que el heredero tenga

la libre disposición de sus bienes. La determinación envuelve una importancia suma, reviste una transcendencia notable, por lo mismo que la ley le impone el sello de la irrevocabilidad.

Por la aceptación pura y simple, ó sin beneficio de inventario, el sucesor admite la representación de la personalidad jurídica del difunto sin limitaciones.

Los efectos esenciales de esa admisión, son: 1.º La confusión de la personalidad del causante con la del heredero. 2.º La confusión de sus patrimonios.

Los derechos que el difunto tuviese contra el heredero, así como los derechos que el heredero tuviese contra el difunto, se extinguen en virtud de esa confusión de personalidades, y así como el heredero sucede en cuantos derechos correspondían al causante, sucede también en cuantas obligaciones contrajo ó se impuso. Este principio no debe, sin embargo, llevarse hasta la exageración: la personalidad propia del heredero no queda anulada ni absorbida por la del difunto, ni la de éste por la de aquél: se confunden sin perder el carácter propio de cada una. Por esto las cualidades, los derechos ó las obligaciones que tienen un carácter personalísimo, no se transmiten con la herencia, y la buena ó la mala fe del causante es independiente de la del heredero. (Véanse los arts. 659 y 442).

Por la confusión de los dos patrimonios el heredero responde de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.

Todas las cargas de la herencia, es decir, todas las obligaciones de cualquier clase y naturaleza que sean, todas las deudas, tanto hereditarias como testamentarias, creadas por el causante durante su vida ó impuestas en su testamento, ó como decían las Partidas, las debdas é las mandas, á cuyos dos grupos pueden todas las cargas de la herencia reducirse.

Parece anómalo que no bastando los bienes de la herencia para el pago de los créditos (título oneroso) existentes contra la misma, aún tenga el heredero que cumplir los legados, actos gratuitos, dispuestos abusiva ó equivocadamente por el testador,

y que después de perder el remanente de bienes en que fué instituído como por escarnio, y aun una parte de los suyos propios, todavía haya de regalar de éstos á los legatarios. Así lo ordena el art. 1003, arrastrado por el rigor de los principios: los legados son también cargas de la herencia, son obligaciones que el causante se impuso, y que su heredero, al aceptar pura y simplemente la sucesión, al admitir la representación del difunto, tiene que cumplir.

Esto podría estimarse que no es justo, porque cuando nada queda al heredero, nada debe quedar á los legatarios. Pero tiene una explicación racional.

En primer término, el heredero es libre para aceptar en la forma que quiera ó para no aceptar. Si su aceptación es pura, no puede quejarse, pues que voluntariamente contrae las obligaciones que á esa forma de aceptación impone la ley.

Además, y esta razón es tan esencial como la anterior, por la aceptación pura se confunden los bienes del causante con los del heredero, aunque conste de un modo formal y solemne, por inventario, cuáles eran aquéllos. Los legatarios no han tenido, como dice Losana, medios para formar un justo y exacto concepto de las fuerzas de la herencia, y para apreciar la verdad de las afirmaciones del heredero, que sostenga que los bienes no alcanzaron al pago de las deudas ó créditos contra el caudal.

Tenemos, pues, que admitir en términos absolutos que el heredero puro y simple ha de identificar de tal modo su personalidad con la del causante, que debe respetar todos sus actos y cumplir todas sus obligaciones. Por esto responde, en caso de evicción ó de vicios ó cargas de la cosa vendida por el testador, del saneamiento de la misma, y no puede resolver ni rescindir las enajenaciones que el causante hubiere hecho de bienes reservables, ó en perjuicio de créditos que tuviese antes de la muerte contra el caudal, y sus derechos y sus obligaciones en contra ó en favor de la herencia se extinguen por confusión, y la ley Hipotecaria no le considera tercero, sino representante de la personalidad jurídica del testador, ó como el testador ó causante

mismo, cuya persona física ha desaparecido, pero cuya persona jurídica continúa existiendo.

La concurrencia de herederos no puede menos de modificar el rigor del principio, puesto que, necesariamente, la representación del causante, y con ella sus obligaciones y derechos, se reparten entre diversos sucesores.

C., por ejemplo, debía al causante 5.000 pesetas. Acepta puramente, y el crédito se extingue, más sólo en cuanto sea único heredero. Si los herederos son dos, *C.* y *D.*, á cada uno corresponden 2.500 pesetas del crédito, ó una mitad, porque no sería justo que siendo un heredero deudor y otro no, aquél solamente reportase todo el beneficio, ya que el crédito es un derecho transmitido con la herencia. *D.* tendrá, pues, derecho á exigir de *C.* la mitad de su deuda.

Viceversa, *D.* tenía contra el causante un crédito de 5.000 pesetas. Heredero único y simple, no puede exigirlo, es deudor en el todo de sí mismo. Si hereda con *C.*, éste responde en proporción á su cuota de aquella obligación del causante, si era heredero por mitad, responde de 2.500.

Con relación á los legados, véase el art. 859 y el 887.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Febrero de 1901, señala un importante efecto de la aceptación pura de la herencia con relación á terceros, cuya situación es idéntica respecto á los herederos que al causante. La herencia, según afirma dicho Supremo Tribunal, y estimamos cierto, es el conjunto de derechos y de obligaciones de una persona, no lo que quede después de pagar las deudas; el heredero continúa la personalidad del difunto, y al aceptar puramente la herencia, confunde su patrimonio con el del causante; los acreedores *personales* del testador, aun estando su crédito reconocido y mandado abonar en el testamento, siguen siendo acreedores *personales* del heredero, y no pueden alegar preferencia para el cobro de sus créditos con relación á determinados bienes de la herencia, hipotecados por el heredero en favor de acreedores particulares suyos. Su derecho es el marcado en el art. 1082.

***

El heredero que aceptó puramente puede ser un legitimario. La legítima la debe á la ley, no al testador; pero esto es indiferente porque la paga el testador, y la personalidad del testador se confunde con la del heredero. Este, por imposición de la ley, y mediante la aceptación pura, se convierte en deudor de sí mismo, con lo cual su derecho se extingue. No cabe, pues, duda de que si los bienes de la herencia no bastan á pagar créditos y legados, el heredero forzoso pierde su legítima, como pierde cualquier otro crédito ó derecho que pudiera corresponderle contra el causante.

El art. 972 del Código italiano prescribe que el heredero legitimario, aun cuando acepte pura y simplemente, puede hacer reducir los legados, y aun si fuese necesario, las donaciones hechas por el testador en favor de sus *coherederos*, cuando dichas donaciones ó legados perjudiquen su legítima.

Losana nos da la razón de este precepto. Los herederos son todos copropietarios y coposeedores de los bienes de la herencia, por lo cual, aunque no medie inventario formal, tienen medios sobrados para conocer la importancia del caudal y sus cargas, y les consta si existe ó no perjuicio para la legítima; cosa que no puede ocurrir tratándose de legatarios ó donatarios *extraños*, esto es, legatarios ó donatarios que no sean coherederos. Además, debemos añadir nosotros, si la legítima es un derecho contra el testador, es desde luego un derecho contra todo heredero puro y simple, ó representante jurídico de ese testador; de modo que los coherederos del legitimario están obligados á respetarla, sufriendo las reducciones ó anulaciones que sean procedentes para que nunca exista perjuicio, ó contribuyendo á su pago en la proporción en que sean herederos. El mismo legitimario no se libra de la imputación, reducción ó anulación en caso necesario.

No existe en el art. 1003 de nuestro Código la citada disposición del 972 del Codigo de Italia; pero es tan justa y racional, que la juzgamos desde luego aplicable en nuestro derecho.

Mas si con relación á legatarios y donatarios que no sean coherederos no puede el legitimario hacer valer su legítima, si ha de respetar íntegramente todas las disposiciones á título gratuíto hechas por el testador, aunque mengüen ó anulen su porción forzosa; si además de eso ha de pagar con sus bienes propios todos los legados cuando no alcancen para ellos los bienes de la herencia, ¿qué valor tienen en el Código los arts. 655, 813, 815, 817, 818, 820 al 822 y 887? ¿Serán sólo aplicables en caso de aceptarse la herencia á beneficio de inventario, aceptación que en el Código ocupa un lugar secundario y excepcional? Reglas justas, generales, establecidas en la ley sin distinción alguna, ¿quedarán reducidas á simple detalle y apéndice de los artículos 1010 á 1034, que tratan de la aceptación beneficiaria?

El art. 1003 puede interpretarse de otro modo: el heredero queda responsable de todas las cargas de la herencia, pero con arreglo á la naturaleza de éstas; los créditos se pagan siempre aun con bienes del heredero; después, las legítimas y los legados, si quedaron bienes de la herencia y en la proporción que corresponda teniendo en cuenta las donaciones. Esta solución equivale, no obstante, á no pagar nunca los legados con bienes propios, lo cual podrá no conformarse con el art. 1003 en relación con la ley 10, tít. 6.º, Partida 6.ª; pero, en cambio, se aviene mejor con los arts. 655, 817, 818, 820, y aun 887, caso de no haber legítimas.

Esta interpretación encierra una solución, que pudiera adoptarse, siempre bajo la base de fijar la legítima, y los legados en la forma que ordena el art. 818, y dando intervención á los legatarios y donatarios, como interesados en el inventario y en las operaciones de la testamentaría.

Para robustecer esta solución, y mantener en toda su fuerza y sin distinciones los preceptos de los arts. 655, 817, 818 y 820, puede decirse que, si por una parte las legítimas son una deuda del testador que le impone la ley, los legados y las donaciones en cuanto son inoficiosos, por exceder de la porción libre de la herencia, constituyen actos abusivos del causante, actos real-

mente nulos con arreglo á la ley que marca el único límite á que pueden llegar, la sola medida dentro de la que son permitidos, y que, por lo tanto, los herederos legitimarios al pretender, aun aceptando puramente la herencia, la reducción ó anulación de esos legados ó de esas donaciones, no hacen más que ejercitar un derecho que la ley les concede, hacer que la ley se cumpla. El art. 1003 en este caso querría decir que, mediante la aceptación pura, el heredero queda responsable de todas las cargas hereditarias ó testamentarias de la sucesión, pero respecto á estas últimas dentro del límite en que pudo válidamente imponerlas el testador, ó sea, sin perjuicio, en su caso, de las legítimas. La intervención de los donatarios y de los legatarios en el inventario y en las operaciones de la testamentaría, sería, como hemos dicho, en esta solución, absolutamente necesaria, pues sin tal intervención alegarían siempre con razón que, dada la confusión de patrimonios, no les constaba que fuese exacto el perjuicio para la legítima, y cierta la necesidad de la reducción ó anulación de las disposiciones gratuítas del causante.

Aunque miramos con simpatía esta solución, no podemos afirmar que sea la más legal. El art. 1003, dados sus términos absolutos y la generalidad de su expresión, no parece consentir otra cosa, «sino el respeto absoluto á los actos del difunto y el cumplimiento íntegro en lo posible con bienes de la herencia ó con bienes propios del heredero, de todas las cargas hereditarias ó testamentarias que puedan resultar, y siendo esto evidente, inútil es pretender, por muy justo que parezca, mientras otra cosa no establezca claramente el legislador, que el sucesor que acepta la herencia pura y simplemente pueda reducir ni anular actos que su causante, cuya personalidad jurídica absorbe y representa, no podía nunca, si viviese, anular ni reducir. Es la voluntad del heredero la que acepta estas consecuencias, la que consiente, después de muerto el testador, en la derogación de de los muchos preceptos con que el legislador defiende el derecho de los legitimarios á su cuota forzosa. El legitimario, cuando la herencia es muy gravosa, se encuentra, pues, en la dura alter-

nativa de rechazar la representación jurídica de su ascendiente ó de su descendiente, ó aceptar su sucesión á beneficio de inventario, lo cual suele ser mal mirado por la sociedad, ó admitir el sacrificio, siendo heredero puro y simple, y quedando sin bienes propios y sin legítima, salvo lo que pueda conseguir de otros coherederos aplicando la doctrina del art. 972 del Código de Italia.

La Real orden de 18 de Enero de 1905, cita los arts. 1003 y 1023 del Código civil, declarándolos, como es natural, aplicables á los deudores de los Pósitos, según hubiese sido aceptada por ellos la herencia de sus respectivos causantes.

Concordancias.—Generalmente, tanto los Códigos europeos como los hispano-americanos, admiten la doctrina tradicional de la aceptación pura y simple y sus efectos jurídicos, aun cuando algunos extiendan los casos de aplicación de la aceptación á beneficio de inventario, siempre que los herederos no tengan capacidad para aceptar por sí mismos.

Esto no obstante, haremos una brevísima enumeración de las concordancias con los Códigos hispano-americanos.

Argentino, art. 3377; Bolivia, art. 563; Chile, art. 1247; Colombia, art. 1304; Ecuador, 1237 y Salvador, art. 1186.

Guatemala (art. 853) dispone que por la aceptación queda el heredero obligado á pagar las pensiones de los bienes hereditarios, las deudas de la persona á quien hereda y los legados del testamento. Honduras (art. 1126) y Uruguay (art. 1044), son copia literal de nuestro Código. Méjico, apartándose de los Códigos hermanos y de la generalidad de los Códigos europeos, terminantemente dispone que toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario aunque no se exprese, y que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero (arts. 3700 y 3701).

Perú (art. 756) sigue literalmente el texto del Código de Guatemala.

Venezuela, carece de precepto concordante, si bien al determinar los efectos del beneficio de inventario, y de las obligacio-

nes del heredero beneficiario, expresa las ventajas que el mismo concede con respecto á la no confusión de los bienes personales con los de la herencia.

ARTÍCULO 1004

Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte ó repudie.

ARTÍCULO 1005

Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte ó repudie, deberá el Juez señalar á éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

PRECEDENTES.—El novenario de luto riguroso, como dice un autor, estaba en boga entre los paganos, y vino á ser reconocido por los romanos: ley 2.ª, tít. 4.º, libro 2.º del Digesto; Novela 60, capítulo 1.º, y la 115, y ley 6.ª, tít. 19, libro 9.º del Código.

Las Partidas guardaron también ese plazo como sagrado, y dentro de él no podía entablarse reclamación alguna contra los herederos, como declara terminantemente la ley 13, tít. 9.º, Partida 7.ª, confirmando lo dicho en la 15, tít. 13, Partida 1.ª: «Mverto yaziendo algund ome, maguer fuesse debdor de otro, non lo deuen restar, nin embargar que non sea soterrado, ni le deuen fazer densonrra en otra manera ninguna que pueda ser... Otrosí, defendemos que por debdas que el muerto deuiesse, que ninguno non sea osado de prendar, nin emplazar por ellas á sus herederos, fasta que passen nueve dias despues que él finó. E si alguno contra esto fiziere, é los agrauiase en alguna manera, porque le ayan á dar prenda, ó fiadores, ó renouar carta sobre el debdo, mandamos que aquel pleito que fagan ante que los nueue dias se cumplan, que non vala en ninguna manera.»

Para aceptar ó repudiar herencias no había término señalado, pudiendo hacerse mientras el derecho no prescribiese; mas para gozar el beneficio de inventario, había de empezarse éste en el término de treinta días, á contar desde que el interesado supiese ser heredero

COMENTARIO.—El Código, en el art. 1004, respeta los principios antiguos, y así, dentro del novenario, no podrá intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte ó repudie, ni por tanto, para que se le emplace y condene como heredero aceptante al cumplimiento de ninguna obligación, ni tampoco para que lo garantice con fianza, prenda ó hipoteca.

Si se intentase, ¿qué efectos produciría? Desde luego se trata de una acción entablada judicialmente. El juez no puede repeler de oficio la reclamación; pero como está obligado á cumplir y á hacer que se cumpla la ley, y se trata de un plazo tan corto, lo racional y procedente será que dicte providencia mandando, que luego que transcurran los nueve días que señala el art. 1004 del Código, se le dé cuenta para acordar lo que corresponda.

Pasados los nueve días puede instar en juicio cualquier interesado para que el heredero acepte ó repudie la sucesión. ¿Quién debe considerarse como tercer interesado? Desde luego, al abrirse la sucesión, aparecen con intereses opuestos, de un lado, los herederos; de otro, los acreedores y legatarios, que deben reclamar de aquéllos la entrega de lo que se les debía ó dejó. Pero no es esto sólo. Cada heredero se halla también interesado al aceptar en saber si sus coherederos aceptarán ó no. Y lo mismo puede afirmarse respecto á los llamados á suceder, por falta de los instituídos ó designados en primer término. Creemos, pues, que todas estas personas, acreedores, legatarios, coherederos, ó sucesores, digámoslo así, subsidiarios, deben estimarse comprendidos en la frase «un tercer interesado», del art. 1005.

La excitación extrajudicial, aun hecha en forma de requerimiento ante notario, no produce efecto, puesto que el artículo exige «instar en juicio», lo que supone intervención de la autoridad judicial. ¿Bastará un acto de conciliación? Este acto no es

juicio; es un intento previo de arreglo voluntario entre las partes; así es que no debe estimarse bastante. Se requiere demanda ante el juzgado, pidiendo al heredero que manifieste claramente su voluntad, ó que se le señale un término para ello, lo cual es justo, porque á todos es perjudicial la incertidumbre sobre un hecho tan importante y de tan transcendentales efectos como la aceptación.

El término concedido no puede exceder de treinta días, y queda al arbitrio del juez, según las circunstancias del caso. Ha de influir el período transcurrido desde la apertura de la sucesión, la mayor ó menor urgencia de la reclamación, la importancia del caudal hereditario y las circunstancias especiales en que se halle el heredero.

Este, dentro de ese término, debe manifestar si acepta con ó sin beneficio de inventario, ó si renuncia, y puede también pedir simplemente la formación de inventario para deliberar, como se deduce del art. 1015. Si el heredero no hace en el término señalado manifestación alguna, la ley supone que acepta, y pierde, por tanto, la facultad de renunciar.

Pero, ¿supone la ley que acepta pura y siemplemente, ó con beneficio de inventario? Sólo supone la aceptación, como expresa el art. 1005; aun es el heredero libre de usar el derecho concedido en el art. 998, expresando la manera ó extensión de su presunta voluntad de aceptar.

Esta importante consecuencia se desprende con claridad del artículo 1015, según el cual, desde el día siguiente al en que expire el término fijado por el juez para aceptar ó repudiar la herencia, con arreglo al art. 1005, empieza á contarse el plazo concedido en el 1014 al heredero para manifestar que quiere utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, bien entendido, sin embargo, que la renuncia ya no es admisible.

Los terceros interesados no necesitan emplear el recurso que les concede el art. 1005, cuando exista aceptación tácita, ó en el caso del art. 1014. Mas les conviene utilizarlo en caso de duda, para evitar que el sucesor excepcione la falta de aceptación.

Cuando la ley impone el beneficio de inventario en caso de aceptación, ó por falta de determinados requisitos, al expirar el plazo marcado en el art. 1005, no puede pretenderse aceptación de otra especie, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los representantes legítimos de los herederos.

En cuanto á los establecimientos públicos oficiales, deberá señalárseles un término para que acrediten haber obtenido ó solicitado al menos la aprobación del Gobierno.

La mujer casada y las corporaciones, asociaciones ó fundaciones entran en la regla general.

Concordancias. — Los arts. 1004 y 1005 de nuestro Códig; concuerdan con el 3348 del de la República Argentina.

Los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador determinan diversos plazos en los que se puede exigir la aceptación de la herencia. Á estos efectos establecen que todo asignatario está obligado, en virtud de demanda de cualquiera persona interesada en ello á declarar si acepta ó repudia, debiendo hacer esta declaración dentro de los cuarenta días siguientes á la demanda, plazo que podrá el juez prorrogar en virtud de estar situados los bienes en lugares distintos, ó por otros motivos graves pero esta prórroga no podrá nunca exceder de un año. Constituído en mora el asignatario ó heredero, se entenderá que repudia (arts. 1232 y 1233 de Chile, 1289 y 1290 de Colombia y 1222 y 1223 del Ecuador).

El Código de Guatemala concede al heredero el llamado beneficio de deliberar en nuestro antiguo derecho. Los términos para aceptar la herencia son de tres meses si el heredero estuviese dentro del departamento en que ha muerto la persona de cuya sucesión se trata, seis meses si fuera del departamento pero dentro de la República, y de un año si se halla ausente de la República (art. 857). Pasado el término de la aceptación sin que nadie reclame la herencia, no exista heredero, ó hayan renunciado los derecho habientes, dispone el art. 863 de Código Guatemalteco, que la herencia se declara vacante, sometiéndose en este caso á las prescripciones del Código de procedimientos.

Las mismas disposiciones consigna el Código civil del Perú en sus arts. 760 y 765.

En los mismos términos que nuestro Código se inspiran los artículos 1127 y 1128 del Código de Honduras. El de Costa Rica (art. 529) fija como término para la aceptación de la herencia el de tres meses.

El del Salvador (arts. 1172 y 1173) es copia literal, en ésta materia, de los plazos prefijados para la aceptación ó renuncia en los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador.

Uruguay concuerda con los arts. 1004 y 1005 de nuestro Código, si bien expresamente determina en el último inciso de su art. 1045 que al heredero moroso se le considera como que repudia la herencia.

Méjico concuerda literalmente con los artículos comentados en su correspondiente núm. 3690. Bolivia y Venezuela carecen de concordancia directa.

ARTÍCULO 1006

Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía.

PRECEDENTES.—Con arreglo á la ley 2.ª, tít. 6.º, Partida 6.ª, muerto el heredero dentro del plazo concedido para deliberar, transmitía á sus sucesores la facultad de decidir dentro del término que aún faltase por transcurrir. Pero si ese plazo había expirado ya, distinguíase entre los herederos forzosos y los voluntarios: los primeros aun podían aceptar la herencia dejada á su antecesor que murió sin aceptar; los segundos no, porque la herencia no admitida por el heredero no podía transmitirse á sus sucesores.

COMENTARIO.—A los preceptos de la ley de Partida sustituye en el art. 1006 una regla general, aplicable en todo caso y á toda clase de herederos, legítimos ó testamentarios, voluntarios,

ó forzosos; ya sean los herederos personas físicas ó personas morales, siempre que éstas se extingan y sucedan otras legítimamente en sus mismos derechos y obligaciones.

Para la aplicación del precepto del art. 1006 se exigen dos condiciones:

1.ª Que la herencia se halle ya deferida ó transmitida.

2.ª La muerte del heredero, á la cual equivale la declaración de su presunción en caso de ausencia, sin haber aceptado ni repudiado la sucesión.

La primera condición exige desde luego la muerte del causante de la herencia que no se llegó á aceptar; pero además requiere, si la institución fué sujeta á condición suspensiva, que ésta llegue á cumplirse; y si el heredero fué un póstumo que éste llegue á nacer en condiciones legales. Mas, una vez deferida la herencia, el derecho concedido en el art. 1006 existe, por lo que importa poco que el heredero al morir conociese ó ignorase que era tal heredero.

La segunda condición se refiere al heredero instituído por el testador ó designado por la ley. Si se incapacita antes de aceptar, se le nombrarán legítimos representantes; mas si muere sin manifestar su voluntad, sus representantes son sus herederos legítimos ó testamentarios, voluntarios ó forzosos, y á éstos pasa la misma facultad que él tenía, y en las condiciones más idénticas posibles.

Estos herederos han de serlo realmente y no tener la simple cualidad de sucesores. Por ello, si son incapaces, ó si renuncian la herencia del transmitente de la facultad de aceptar, como no son sus herederos, no pueden mezclarse en la sucesión anterior, á lo cual no tienen derecho propio, sino que representan á su respectivo causante que era el heredero.

Mas una vez aceptada la herencia del transmitente, ya simplemente, ya á beneficio de inventario, son libres para aceptar ó repudiar la anterior sucesión. Si ambas herencias fueron aceptadas con el beneficio de inventario, existirán tres patrimonios separados: el del primer causante, el del transmitente de la fa-

cultad de aceptar, y el de sus herederos. Si ambas herencias fueron aceptadas puramente, los tres patrimonios se confunden. Si la primera fué aceptada puramente, y la segunda con beneficio de inventario, se confunden los dos primeros patrimonios, mas queda separado el privativo de los herederos del transmitente. Y si á la inversa, la herencia del primer causante se acepta con beneficio de inventario, y la del segundo puramente, los bienes propios de aquél quedan separados y los otros dos se confunden.

Por el hecho de aceptar ó repudiar la herencia dejada al transmitente, se sobreentiende que se acepta también la sucesión de éste; pues se realiza un acto que sólo puede ejecutarse mediante la cualidad de heredero, y que supone necesariamente la voluntad de aceptar.

Puede ocurrir que siendo varios los herederos á quienes pesó la facultad de aceptar, no haya conformidad entre ellos acerca de la resolución que conviene tomar. El art. 836 del proyecto de Código de 1851 decía: «Si son varios los herederos y hay discordia, aceptarán los que quieran, y los que no quieran, no; pero los que acepten, lo harán por la totalidad. Si la discordia fuere sobre aceptar á beneficio de inventario ó sin él, se aceptará á beneficio de inventario y aprovechará á todos los coherederos.» Esta regla, puesta á continuación del derecho de transmisión de la facultad de aceptar, y en el mismo artículo, es la misma admitida en el Código italiano y en el de Chile. ¿Por qué se omite en el art. 1006 que examinamos? Sin duda por estimar comprendido el caso en la regla general que establece el siguiente artículo 1007.

A pesar del rigor de los principios, según los cuales todos los herederos del transmitente obran en nombre de éste, cuya aceptación debía ser indivisible, no vemos inconveniente en admitir que uno de ellos acepten y otros repudien la primera sucesión, porque cada uno de dichos herederos es, con independencia de ios demás, representante de su personalidad una é indivisa, y como tal, usa del derecho que correspondía á su res-

pectivo causante con libertad; pero es preciso que los que acepten no lo hagan en parte, sino por entero, esto es, que ellos sólo abarquen toda la cuota que correspondía á su causante, quedando los demás como extraños á la herencia primera.

Ahora bien: si convienen en la aceptación todos ó varios, supuesta en los otros la libertad de renunciar, esa aceptación, por analogía con lo preceptuado en el art. 1007, y dada la omisión de la regla que daba el proyecto de 1851, podrá hacerse por unos puramente y por otros á beneficio de inventario, ya que los acreedores y legatarios no se perjudican, los coherederos son todos libres, y la anomalía que parece envolver esta solución se halla aceptada por el Código en el citado art. 1007, que establece una regla más general que la de dicho proyecto, é inspirada en un criterio de mayor libertad.

Como los herederos del heredero no son realmente los sucesores directos del primer causante, se deduce:

1.º Que la incapacidad relativa de esos herederos para suceder al causante primero, no es obstáculo para que acepten ó repudien en nombre de su antecesor, siempre que éste fuese capaz con relación á la herencia primera.

2.º Que aunque estos herederos hubiesen recibido alguna donación del primer causante, no estará sujeta á colación en el sentido del art. 1035, y en cambio habrá de colacionarse lo recibido por el heredero que murió sin aceptar.

El precepto del art. 1006 es también aplicable á los legados, como prueba el art 889.

Aplican el art. 1006 las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Mayo y 10 de Diciembre de 1897. Según ésta, la repudiación de una herencia no puede presumirse, aunque transcurra algún tiempo y muera el heredero sin manifestar su voluntad: por lo que los herederos de ese heredero pueden en su nombre aceptarla.

Con arreglo á la primera, que aplica el art. 1006, en relación con el 992, último párrafo, si el heredero que muere sin aceptar ni repudiar una herencia que le corresponde deja sus bienes á

los pobres en general, las personas designadas por él para la distribución de esos bienes son las llamadas á aceptar ambas herencias, y como carecen de facultades para aceptar pura y libremente y los herederos en quienes recaen definitivamente dichos bienes son los pobres, han de entenderse aceptadas una y otra sucesión con el beneficio de inventario.

Concordancias.—Concuerda nuestro artículo 1006 con el 781 del Código de Francia, 939 de Italia y 2032 de Portugal, refiriéndonos á los europeos.

En los hispano-americanos guardan también correlación el artículo 3350 del Código Argentino que terminantemente dispone que toda persona que goza del derecho de aceptar ó repudiar una herencia, trasmite á su sucesor el derecho de opción que le correspondía. Bolivia (art. 545) dice que cuando aquél á quien se ha hecho heredero de una sucesión, muere sin haberla aceptado, sus herederos pueden aceptarla.

Chile, Colombia, Ecuador y Salvador no tienen concordancia directa con nuestro artículo, si bien en esencia se contiene dentro de las reglas generales que dichos cuerpos legales establecen para la apertura de la sucesión, aceptación, repudiación é inventario de la herencia.

Guatemala concuerda en su art. 863 en la forma que hicimos mención en las concordancias del artículo anterior, así como también el código peruano en el referido art. 765.

Los arts. 1129 y 530, respectivamente, de los Códigos de Honduras y Costa Rica establecen la misma disposición que nuestro Código.

Méjico también en su art. 3679 afirma que si el heredero fallece sin aceptar ó repudiar la herencia, el derecho de hacerlo se transmite á sus herederos.

Uruguay carece de precepto concordante directo.

Por último, Venezuela (art. 921) dispone que en las sucesiones *testamentarias*, la parte del renunciante se defiere á sus coherederos ó á los herederos legítimos según lan reglas generales de la sucesión.

ARTÍCULO 1007

Cuando fueren varios los herederos llamados á la herencia, podrán los unos aceptarla y los otros repudiarla. De igual libertad gozará cada uno de los herederos para aceptarla pura y simplemente ó á beneficio de inventario.

La ley 18, tít. 6.º, Partida 6.ª, reconocía la facultad en unos herederos de aceptar, renunciando otros, como lo prueba el derecho de acrecer.

El precepto del art. 1007, por el lugar que ocupa parece complementar la doctrina del 1006 en el sentido de la mayor libertad posible; pero por su expresión y habérsele dado número distinto, parece la manifestación de una regla más general que aclara y desenvuelve el principio de la indivisibilidad de la aceptación, consignado en el art. 990.

Supone el art. 1007 la existencia de varios herederos llamados á una herencia, y decide que cada uno de ellos, con independencia de los demás, resuelve sobre la cuota á él correspondiente en esa herencia, aceptándola del modo que mejor crea convenirle, ó repudiándola. Como los herederos del heredero que murió sin aceptar ni repudiar una herencia no son los llamados á ésta, ni la aceptan ó repudian por sí, sino en nombre de su antecesor, estimamos que aunque el precepto pueda servir, como vimos en su lugar, para completar la doctrina del artículo 1006, debe estudiarse separadamente como comprensivo de una doctrina más general que se relaciona más íntimamente con el art. 990.

Al comentar este artículo nos hemos hecho cargo de las cuestiones á que puede dar lugar al relacionarlo con el presente, cuyo indudable espíritu es limitar el rigorismo de aquél, aplicándole con independencia á cada heredero y á cada cuota no indivisa, sino realmente separada por el testador.

Creemos inútil insistir. El artículo no necesita por otra parte más explicaciones.

Concordancias.—Concuerda el art. 1007 con el 782 del Código de Francia, 940 de Italia y 2031 del de Portugal.

Argentina (art. 3350) dispone que si son varios los coherederos pueden aceptarla los unos y repudiarla los otros; pero los que la acepten deben hacerla por el todo de la sucesión.

Chile, Colombia, Ecuador y Salvador no contienen concordante directo, puesto que en sus arts. 1228, 1285, 1218 y 1168 respectivamente, se refieren á la asignación á favor de una persona que se transmita á sus herederos, en cuyo caso cada uno de ellos puede aceptar ó repudiar su cuota.

Guatemala (art. 850) y Perú (art. 753) como disposición que guarda relación con nuestro derecho, disponen que la aceptación simple hecha por un heredero, no impide á su coheredero que aceptó con beneficio de inventario.

Honduras transcribe nuestro arttícuo en el 1130 de su Código.

Méjico establece la modalidad de que si los herederos no se conviniesen sobre la aceptación ó repudiación, podrán aceptar unos y repudiar otros, pero sólo los que acepten tendrán el carácter y los derechos de herederos (art. 3678).

Uruguay especifica las siguientes reglas en su art. 1048: Si son varios los herederos, y no hay acuerdo entre ellos sobre la aceptación de la herencia, aceptarán los que quieran, y los que no repudiarán, pero los que acepten lo harán por la totalidad. Ahora bien, si el desacuerdo recayese únicamente sobre el modo de la aceptación, todos ellos estarán obligados á aceptar con beneficio de inventario.

Bolivia y Venezuela no contienen precepto alguno que directamente tenga conexión con el art. 1007 de nuestro Código.

ARTÍCULO 1008

La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público ó auténtico, ó por escrito presen-

tado ante el Juez competente para conocer de la testamentaría ó del abintestato.

Precedentes.—En Roma, los herederos *necesarios* no podían repudiar la herencia, pero podían pedir la separación de bienes por cuyo beneficio se excluían de las responsabilidades hereditarias los bienes que adquiriesen después de obtener con la herencia la libertad.

Los herederos *suyos* y *necesarios* tampoco podían en principio repudiar; pero á esto equivalía el beneficio de abstención.

Por último, los herederos voluntarios ó extraños podían libremente aceptar ó renunciar la herencia.

La ley 18, tít. 6.°, Partida 6.ª, establece lo siguiente: «Renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras: por palabra ó por fecho; por palabra, como si dixesse ante que entrase la heredad que non la quería rescebir; é de fecho, como si fiziesse algun pleyto ó postura, ó alguna cosa en la heredad ó en los bienes della, non como heredero, mas como extraño, ó como ome que lo quiere auer por otra razón, ó si ficiesse alguna cosa en la heredad porque se entendiesse que non auia voluntad de la rescebir como heredero.»

La ley 101, tít. 18, Partida 3.ª, marcaba la forma de la escritura de repudiación de herencia.

Con relación á esta materia, no se distingue en las Partidas entre los herederos necesarios, suyos y necesarios, ó extraños.

El art. 1008 deroga la legislación anterior.

Comentario: *Razón del precepto*.—La ley juzga que la renuncia requiere más solemnidad que la aceptación. Esta puede deducirse de ciertos hechos; la renuncia, nunca; debe hacerse constar de un modo claro, expreso y formal.

Para esta diferencia la ley se funda: *Primero*. En que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten en el momento de su muerte á los designados como herederos. Ahora bien: la aceptación confirma esa transmisión reconociendo su eficacia; mas la renuncia deroga el principio, le deja sin efecto;

las consecuencias son, pues, más violentas, más perturbadoras, y no deben arrancar de simples presunciones más ó menos fundadas. *Segundo.* Por la aceptación se adquiere; pues aunque la adquisición envuelva á veces ciertos peligros, esto es excepcional, siendo la herencia, por regla general, un título lucrativo; la renuncia equivale, pues, de ordinario á un acto de disposición ó enajenación, siempre más grave y que requiere más formalidad. *Tercero.* Como afirma Goyena, la publicidad interesa a los acreedores y aun al orden público, porque la repudiación abre la puerta á otros herederos, y conviene que este llamamiento conste de un modo inequívoco.

La repudiación de la herencia exige, pues, para su validez, una condición ó requisito especial que no exige la aceptación, y que afecta á su forma, á la manera de hacer constar la determinación de la voluntad.

Forma de la renuncia.—Esta forma, según el art. 1008, ha de ser un instrumento público ó auténtico, ó un escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaría ó abintestato.

La naturaleza del acto y la palabra *instrumento* nos parecen fundamento bastante para sostener que la forma propia y adecuada entrajudicial es una escritura ante notario ó ante el agente consular que ejerza como tal notario.

No vemos ningún otro instrumento público ó auténtico en que pueda constar la repudiación, porque no pueden estimarse tales, escritos ni diligencias ante autoridades gubernativas, certificaciones. ni otros documentos que no son adecuados al objeto y naturaleza de la renuncia, al menos en los casos normales.

Ahora bien: en casos especiales habrá que admitir como documento auténtico que acredita eficazmente la renuncia, la Real orden en que el Gobierno apruebe la hecha por establecimientos públicos oficiales.

Las corporaciones, asociaciones y fundaciones sabemos que no pueden renunciar herencias sin autorización judicial.

La certificación del consejo de familia, comprensiva del acta

de la sesión en que se autoriza al tutor para renunciar una sucesión dejada á un menor, incapacitado, sordomudo, etc., completa la capacidad de ese tutor para otorgar la escritura de renuncia, mas no puede considerarse como el instrumento público ó auténtico adecuado para el indicado fin de probar la repudiación.

Al lado de la forma natural extrajudicial, la ley coloca como forma judicial el escrito ante juez competente. Cuando un tercer interesado inste en juicio con arreglo al art. 1005, cuando el heredero pidió la formación de inventario para deliberar, cuando exista juicio pendiente de testamentaría ó de abintestato, ú otra cuestión judicial, cuando se exija la aprobación del juez para la renuncia en caso de tratarse de mujer casada, corporaciones, fundaciones ó asociaciones, etc., y en otras situaciones análogas, la forma propia es un escrito al mismo juzgado que debe conocer ó ya conoce en el asunto, y cuya competencia determina el art. 1008.

Mas cuando no interviene ni es preciso que intervenga juez alguno, por no mediar ninguna de las circunstancias antedichas ¿será forma, ya que no propia, al menos eficaz, el escrito ante el juez? No se trata ni aun de un acto de jurisdicción voluntaria, sino de una simple manifestación de la voluntad de no ser heredero; no se exigen notificaciones, ni pruebas, ni es necesario auto ni decisión formal alguna, fuera de la que acredite la presentación del escrito. La ley parece que da eficacia á ese escrito en todo caso, medie ó no medie cuestión, sea ó no necesaria la intervención judicial, por lo que no será fácil que ningún juez rechace la manifestación que se le haga, ni que tribunal alguno resuelva que tal escrito no es suficiente. Y sin embargo, creemos que su idea es otra, y que señala dos formas especiales, cada una de las cuales se mueve en su terreno propio.

En el caso de la última parte del art. 1000 no se entiende aceptada la herencia; mas para que sea eficaz la renuncia respecto á terceros, deberá hacerse constar en la forma que marca el art. 1008. Mientras así no conste, ¿podrá aun el heredero

aceptar? La situación es especialísima. Esa renuncia gratuíta en favor de aquellas personas á quienes debe pasar la porción renunciada, no puede menos de surtir los efectos de una renuncia formal entre los coherederos, y por tanto, ya no cabe aceptar. Ordinariamente constará en escritura pública; mas si así no fuese, el heredero renunciante, para hacer eficaz el acto respecto á terceros, deberá cumplir el art. 1008. Si se insta en juicio por un acreedor, procederá escrito ante el juez, siempre que éste sea el competente para conocer de la testamentaría ó abintestato.

La abstención del heredero durante treinta años produce la prescripción de su derecho, y aun un plazo más breve si los bienes de la herencia son poseídos por un tercero de buena fe. La renuncia se impone entonces sin necesidad de acto formal alguno.

Efectos de la renuncia.—El que válidamente repudia una herencia, dice el art. 440, se entiende que no la ha poseído en ningún momento. Esto no obsta á que si durante algún tiempo la hubiese administrado provisionalmente, rinda cuentas de su gestión.

El que renuncia una sucesión no es heredero. Queda por tanto, como extraño á la herencia, pero conserva cuantos derechos le correspondiesen independientemente de la herencia misma. En su virtud:

a) Conserva los derechos que tuviese contra el causante, y, ha de cumplir las obligaciones que le correspondan en favor del mismo.

b) Ningún acreedor ni legatario puede dirigir contra el mismo heredero renunciante reclamación alguna, y si en juicio ejecutivo contra él, ya en el concepto de deudor, ya en el de sucesor del deudor, se hubiesen embargado bienes hereditarios, deben alzarse estos embargos y cancelarse en el Registro las anotaciones que pudieran haberse extendido.

c) El renunciante no transmite derecho alguno sobre la herencia renunciada á sus sucesores.

d) Si hubiese recibido del causante alguna donación, tendrá

derecho á conservarla, siempre que quepa en la porción disponible. Si fuese heredero forzoso, no podrá pretender que se impute á la legítima, puesto que ésta, como herencia, y la donación en cuanto anticipo de legítima, ha sido renunciada.

e) La renuncia de la herencia no impide la aceptación de un legado dejado al mismo heredero, salvo en el caso de que resulte claramente que el testador hacía ese legado en consideración á la cualidad de heredero ó á determinadas cargas impuestas al mismo.

f) No queda despojado el renunciante de sus derechos de familia, independientes á la herencia; conserva, pues, como dice Losana, la facultad de ser enterrado en el sepulcro erigido por el causante para él y su familia.

g) No pierde el derecho de representar al causante en otra sucesión (art. 928).

h) Renunciada la herencia, aun puede aceptarse la mejora (art. 833).

La renuncia produce además otros importantes efectos. Tales son el derecho de acrecer (arts. 981 á 987); la apertura en todo ó en parte de la sucesión legítima (art. 912, núm. 3.º); el llamamiento de los parientes del siguiente grado, ó del orden que proceda (art. 923): la facultad concedida en el art. 1001 á los acreedores, y el aprovechar el inventario que hubiese hecho el renunciante con las formalidades legales, antes de repudiar, á los coherederos y personas á quienes deba pasar su porción (art. 1022).

No creemos hoy aceptable el art. 822 del proyecto de Código de 1851, en su segundo párrafo, según el cual, la repudiación de la herencia no perjudica á los que tengan derecho á porción legítima para reclamarla. Suprimido ese párrafo en el art. 990 del Código actual, y debiendo estimarse la legítima una parte de la herencia, renunciada ésta queda también aquélla renunciada.

Con relación á bienes reservables, véase lo expuesto en el comentario de los arts. 968 á 980.

El no haberse renunciado la herencia en la forma solemne que exige el art. 1008, no puede ser nunca fundamento bastante para suponerla aceptada, por lo que es evidente que aun sin esa renuncia cabe la no aceptación. Esta es la doctrina que se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Diciembre de 1899.

Por otra parte, la Resolución de 25 de Mayo de 1895 y demás disposiciones que en ella se relacionan, establece que es una facultad del Tribunal sentenciador la apreciación de si una persona aceptó ó no la herencia, toda vez que no es lícito juzgar por hipótesis, ni menos penetrar en el terreno de las intenciones.

Concordancias.—El principio de haber de ser expresa la renuncia es sostenido en todos los Códigos, si bien algunos no exigen determinadamente documento formal, y otros sólo consideran eficaz el escrito ante la autoridad judicial.

Argentina (arts. 3379 y 3380) asienta los siguientes principios: 1.º La renuncia de una herencia no se presume. 2.º Para que aquélla sea eficaz respecto á los acreedores y legatarios, debe ser *expresa* y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante ó del difunto, *cuando la renuncia importa mil pesos*; y 3.º La renuncia hecha en instrumento privado es eficaz y tiene efecto entre los coherederos.

Acerca de los efectos generales de la renuncia, según la forma en que ésta se verifique, el art. 3381 del Código argentino, distingue: la renuncia hecha en instrumento público es irrevocable; la que se hace en instrumento privado no puede serle opuesta al renunciante por los coherederos sino cuando hubiere sido aceptada por éstos.

Bolivia (art. 548) no admite tampoco la renuncia tácita. Precisamente, dice, se hará ante el Juez de primera instancia del lugar en que se abre la sucesión.

Chile, Colombia, Ecuador y el de El Salvador terminantemente consignan que la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley, pero no expresan estos cuerpos legales la forma en que deberá hacerse constar (artícu-

los 1235 de Chile, 1292 de Colombia, 1225 del Ecuador y 1174 del de la República de El Salvador.

Guatemala y Perú (arts. 862 y 764) exigen también la renuncia expresa. No se presume dentro del término de la aceptación que el heredero ha renunciado la herencia. Tampoco mencionan las solemnidades necesarias.

Honduras (art. 1131) y Costa Rica (art. 357) siguen, el uno literal, el otro sustancialmente, á nuestro Código.

Méjico exige la necesidad de presentar escrito ante el Juez, ó el otorgamiento de instrumento público, otorgado ante Notario, cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio (art. 3681).

A su vez Uruguay exige la repudiación expresa mediante escritura pública autorizada por Escribano del domicilio del repudiante y del difunto (arts. 1049 y 1050).

Ultimamente, Venezuela, con la concisión y exactitud que le caracterizan, dispone que la repudiación debe ser expresa y constar en acto auténtico (art. 917).

De los Códigos europeos concuerdan con nuestro art. 1008 el 784 de los de Francia y Bélgica, 944 de Italia y 2034 del de Portugal.

ARTÍCULO 1009

El que es llamado á una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos.

Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste.

PRECEDENTES.—Ley 19, tít. 6.°, Partida 6.ª, «Cuando alguno es puesto por heredero en testamento de otro, de quién él fuesse el más propinquo pariente, si él sabiendo que era assí establecido por heredero en el testamento, desechase la herencia diziendo que la non queria tomar por razon del parentesco, si

estonce non se otorgasse luego por heredero por razon del testamento, non lo podria despues facer, porque se entiende que la desamparó del todo. Mas si el heredero, non sabiendo que era escrito en el testamento del finado, desechare la herencia diziendo que non la queria ganar, por razon que era pariente mas propinquo del muerto, estonce bien la podria despues cobrar por razon del testamento. E esto es, porque non podria renunciar el derecho que auia en la heredad por razon de testamento, pues que lo non sabia. E otrosí, non podria desechar el derecho que auia él en la heredad por razon de parentesco, á menos de renunciar primeramente el derecho que auia en ella por razon del testamento. E por ende, tal renunciacion non le empesce, si quisiere auer la heredad despues.»

Comentario.—El precepto del art. 1009 admite la explicación que daba el Rey Sabio: la sucesión intestada sólo procede á falta de la testamentaria; si, pues, hay testamento, la renuncia como heredero abintestato es anómala é ineficaz, y no impide aceptar después la herencia testada; y si el heredero conocía el testamento y renuncia, debe entenderse que no quiere ser heredero por ningún concepto,

Pero aun admite otra razón importante. El que renuncia una herencia que se le defiere por testamento, correspondiéndole por su renuncia la sucesión intestada, desprecia la voluntad del causante, y no merece ser su sucesor. En cambio, puede, por delicadeza, no aceptar una sucesión deferida abintestato, y no querer desairar la voluntad expresa del causante que conoce después. Pueden además variar mucho las circunstancias, y ser fundada la renuncia en el primer caso (sucesión intestada), por haber de repartirse la herencia entre muchos parientes de igual grado, y natural la aceptación en el segundo (sucesión testada), por aparecer, por ejemplo, como único heredero el que antes renunció.

Habla el art. 1009 de una renuncia primera que después puede ó no revocarse según los casos. Pero no resuelve el caso en que el heredero aceptase una sucesión testada ó intestada que después cambia de carácter.

Desde luego, si se acepta la herencia deferida por la ley, y después aparece un testamento en que el heredero sea el mismo ó uno de ellos, alterándose las circunstancias de la adquisición, cabe la aplicación del art. 997.

Mas si se acepta la sucesión testamentaria, y por nulidad del testamento ó de la institución se abre la sucesión legítima, siendo uno de los llamados por la ley el mismo heredero que aceptó, ¿podrá después renunciar? La cuestión es dudosa, y, por lo mismo, cuando sean distintas las circunstancias en cada sucesión, nos inclinamos en el sentido de la mayor libertad posible. El art. 1009, en su espíritu, abona esta solución, porque el heredero, al ser llamado por el testador, no despreció su voluntad, y al ser llamado por la ley aprecia con más libertad lo que le conviene, y más atendiendo á que el testamento ó la institución quedan sin efecto, por causas independientes de la voluntad del testador, y es natural que el heredero, identificándose con su causante, proteste contra esa alteración en su derecho. Además, alterándose las circunstancias especiales de la sucesión, puede decirse que el consentimiento se hallaba viciado por el error, y la cuestión resuelta en el art. 997. Si las circunstancias no varían por recibir el heredero la misma cuota en una ú otra sucesión, entendemos que no cabe la renuncia: sería una inconsecuencia caprichosa que la ley no debe consentir.

Si la herencia, por renuncia de otro heredero instituído, recae en virtud de la ley en el mismo que aceptó, se trata de una nueva é independiente cuota que se defiere después; y como en el caso de ser el heredero que aceptó sustituto del renunciante, estimamos que, no obstante el principio de la indivisibilidad, debe dejarse á ese heredero en libertad de admitir ó repudiar la nueva cuota, teniendo en cuenta el espíritu en que se informa el artículo 1007, pues aun cuando el heredero sea el mismo, puede decirse que obra como en representación de otro.

Concordancias.—El art. 1009 concuerda con el 2038 del Código de Portugal, 1132 de Honduras, y 540 de Costa Rica.

Méjico, en sus arts. 3683 y 3684, dispone que el nombrado heredero en testamento y que al mismo tiempo tenga derecho de heredar por intestado, si repudia como heredero testamentario, pierde el derecho de suceder abintestato; pero si el que repudia el derecho de suceder por intestado no tiene noticia de su título testamentario, puede en virtud de éste aceptar la herencia; doctrina seguida por el del Uruguay, que permite que el que ha repudiado la herencia intestada pueda aceptar la testamentaria, si el testamento en aquel momento no había llegado á su noticia (art. 1052).

Los Códigos de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Salvador y Venezuela, no tienen concordancia directa con el art. 1009 de nuestro derecho.

SECCIÓN QUINTA

DEL BENEFICIO DE INVENTARIO Y DEL DERECHO DE DELIBERAR

Ideas generales.

Esta sección, en realidad, es sólo una continuación de la anterior. Sigue tratándose de la aceptación de la herencia.

Las ideas generales son, por lo tanto, en gran parte comunes, y á ellas nos referimos.

Sobre los precedentes del beneficio de inventario, nos basta copiar las siguientes frases de Goyena, con relación al proyecto de Código de 1851:

«El heredero, según el art. 549, sucede y representa al difunto, no sólo en sus bienes y derechos, sino en sus deudas, cargas y obligaciones; y según el 834, es responsable de ellas con sus bienes propios cuando no alcancen los hereditarios: al tratarse de aquellos dos artículos, se ha visto que son de origen romano.

»Era, pues, peligrosa, y, por decirlo así, un juego de azar, la aceptación de la herencia; podía el heredero arruinarse, como

enriquecerse, y el miedo de lo primero retraía á muchos de la aceptación; esto en las herencias testamentarias envolvía entre los romanos la nulidad de todo lo dispuesto en el testamento, y por otra parte se reputaba afrentoso morir sin heredero.

»Pero no puede menos de reconocerse que había injusticia y dureza en compeler á los herederos á repudiar ó aceptar desde luego y á ciegas. Pensóse, por lo tanto, en ocurrir á estos inconvenientes, y se concedió á los herederos el *derecho llamado de ó para deliberar,* que consistía en darles cierto tiempo para examinar y adquirir noticias sobre el estado del patrimonio del difunto, y decidirse en vista de ellas por la aceptación ó repudiación.

»El señalamiento del tiempo pendía del prudente arbitrio del juez, pero no podía bajar de cien días; el juez no podía conceder arriba de nueve meses; el príncipe hasta un año; pasado este tiempo sin aceptar, se tenía por repudiada la herencia respecto de los sustitutos, y por aceptada respecto de los acreedores hereditarios; muriendo el heredero en el término ó tiempo concedido para deliberar, transmitía este mismo derecho á sus herederos: así resulta de todo el tít. 30, libro 6.° del Código y de la ley 69, tít. 2.°, libro 29 del Digesto.

»Este fué el antiguo y primer remedio ó favor concedido á los herederos, pero se vió que no se les daba completa seguridad; los informes y noticias eran siempre difíciles y á veces engañosos: Justiniano removió todos los inconvenientes y tranquilizó á los herederos con el *beneficio de inventario.*

»El heredero debía principiarlo dentro de treinta días, desde que supo que le había sido deferida la herencia: había de concluirlo dentro de sesenta días; y podía concedérsele un año, á contar desde la muerte del testador, si el heredero se hallaba ausente del lugar en que radicaba el patrimonio del difunto ó su mayor parte; había de hacerse ante escribano, y en presencia de los interesados como acreedores y legatarios; si faltaban algunos de éstos, eran necesarios por lo menos tres testigos.

»Los efectos del inventario así formado eran los mismos de nuestro art. 856 (1023 del Código vigente); pero como el inven-

tario tiene siempre el inconveniente de hacer público el estado, bueno ó malo, del patrimonio del difunto, Justiniano dejó todavía en pie el antiguo derecho de deliberar.

»El tít. 6.º de la Partida 6.ª encierra literalmente la legislación romana, tanto sobre el derecho de deliberar, como sobre el beneficio de inventario.

»El Código francés, y la generalidad de los modernos, sólo conservan el beneficio de inventario; pero con la ventaja de que, concluído éste, tiene todavía el heredero cierto término para deliberar sobre la aceptación ó repudiación; y en verdad que entonces puede hacerlo con todo conocimiento, y libertarse de las incomodidades que acarrea siempre el cuidado y administración de los bienes, y el haber de entenderse con los acreedores y legatarios: el inventario aleja temores y peligros, pero no excusa las molestias indicadas.»

Por este motivo, en dicho proyecto no se hablaba del derecho de deliberar aunque en realidad existía, como en nuestro Código, ligado al beneficio de inventario. No se ha querido privar á los herederos de medio alguno, para mayor garantía de su acierto en la elección, estableciendo como base para el ejercicio del derecho de deliberar el beneficio de inventario. de otro modo: mientras el heredero no acepta claramente ó renuncia, el beneficio de inventario no implica aceptación; sólo supone el deseo de conocer con exactitud el activo y el pasivo de la herencia, para deliberar después lo que mejor le conviene.

No es, pues, lo mismo beneficio de inventario que aceptación á beneficio de inventario.

El heredero puede adoptar, con arreglo á la ley, una de las cuatro resoluciones siguientes:

a) Aceptar desde luego pura y simplemente la herencia, bien porque no le ofrezca duda alguna la utilidad de la sucesión, bien por respeto á la memoria del difunto, y arrostrando todas las consecuencias, fueren las que fueren.

b) Renunciar también desde luego la herencia, sea por estar convencido de que es gravosa y ha de arrastrar consigo la pér-

dida de sus propios bienes, sea por convenirle más conservar alguna donación, sea por beneficiar á otras personas, ó por motivos de delicadeza.

c) Aceptar con beneficio de inventario, poniendo desde luego sus bienes propios y sus particulares derechos á salvo, y no renunciando al exceso ó remanente que pueda quedar á su favor.

d) Pedir el beneficio de inventario, ó la formación de un inventario, para conocer exactamente el activo y el pasivo de la herencia, y deliberar después con pleno conocimiento de causa, si conviene renunciar, aceptar pura y simplemente, ó á beneficio de inventario.

El beneficio de inventario, pues, es sólo un trámite previo y á veces necesario, después del cual puede venir una aceptación pura, una renuncia, ó una aceptación dentro de ciertos límites, cuyos efectos se marcan en el art. 1023.



Con la aceptación á beneficio de inventario coexiste en Francia, Italia y Bélgica el beneficio de *separación de patrimonios*, aceptado también en el proyecto de Código de 1851.

Como afirma Laurent, ambos beneficios ó derechos presentan muchos puntos de analogía, pero difieren en cuanto al fin á que se dirigen, en cuanto á sus condiciones especiales y en cuanto á sus efectos.

La aceptación á beneficio de inventario es un derecho de los herederos; el fin que persigue es pagar las deudas de la herencia sólo hasta donde alcance el valor de los bienes del difunto. Viene, pues, á obrar contra los intereses de los acreedores del causante, que han de conformarse á perder aquella parte de sus créditos que no pueda satisfacerse con el importe del caudal relicto.

La separación de patrimonio es un derecho de los acreedores de la herencia; el fin que persigue es que los bienes hereditarios no pueden destinarse al pago de las deudas particulares del heredero hasta que estén satifechos los acreedores del causante.

Obra, pues, contra los intereses de los acreedores del heredero, y aun si se quiere, contra este mismo, cuya libertad de disposición queda restringida.

La aceptación á beneficio de inventario es un derecho cuyo ejercicio exige, por virtud de la ley, un escrito al juez, ó una escritura ante notario, y un inventario formal que garantice los intereses de los acreedores y legatarios. La separación de patrimonios requiere formal demanda contra el heredero; la ley no impone la formación de inventario, porque supone que los acreedores, aun sin obligarles á ello, habrán de pedirlo, puesto que les conviene.

Por último, los efectos son muy análogos: separar el caudal propio del difunto del caudal propio del heredero. Pero en la aceptación á beneficio de inventario, este inventario, mientras produzca efecto, forma la única garantía de los acreedores; éstos, una vez agotado el caudal del testador ó causante, nada pueden pedir, y si el heredero vende ó enajena sin las formalidades debidas bienes de la herencia, se convierte en heredero puro y simple, sin que los actos de enajenación ó gravamen puedan ser anulados ni rescindidos mientras no perjudiquen. En la separación de patrimonios, los bienes hereditarios suelen quedar afectos al pago de los créditos que existían entre ellos, por lo que el heredero sólo puede enajenarlos con esa preferente afección, y después de agotados esos bienes, ó con respecto á los acreedores que no pidieron la separación, aun puede reclamarse contra el caudal propio del heredero que aceptó pura y simplemente.

Nuestro Código prescinde del derecho de los acreedores y legatarios á pedir la separación de patrimonios.

Cuando la herencia se acepta á beneficio de inventario, quedan desde luego separados los patrimonios, y los acreedores del difunto no pueden sufrir perjuicio, porque aunque siempre se sobreentendería su preferencia sobre los bienes del causante, comprendidos en el inventario, media además el precepto expreso en tal sentido del art. 1034.

En caso de renuncia, rige el art. 1001.

Y por último, cuando la herencia se acepta pura y simplemente y el heredero tiene otros acreedores, que es el caso en que verdaderamente puede ser útil el beneficio de la separación de patrimonios, la ley estima sin duda que, ó dicha aceptación perjudica á los acreedores hereditarios de un modo irreparable, ó no. Si no les perjudica, inútil es un derecho que sólo persigue el fin de molestar innecesariamente al heredero, causando gastos inútiles. Y si perjudica, esos acreedores pueden, con arreglo al art. 1111, impugnar los actos del heredero, y hacer rescindir la aceptación en la forma que se hizo, separando los bienes del causante para que no sea mermada su especial garantía.

La facultad en los acreedores del difunto de promover el juicio voluntario de testamentaría, es un nuevo medio preventivo que les concede la ley para que procuren asegurar su derecho, y evitarse todo perjuicio, que después exigiría el medio más violento de la rescisión.

Pasemos al examen del articulado.

ARTÍCULO 1010

Todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido.

También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto.

En la legislación anterior, como dice Escriche, podía el testador prohibir directa ó indirectamente á los herederoe extraños el uso del beneficio de inventario, porque se estimaba que cada uno era árbitro de poner á su liberalidad las condiciones que quisiere; pero no podía prohibírselo cuando eran herederos forzosos, porque ningún testador podía imponer á los de esta clase gravámenes ó condiciones que les fueren perjudiciales, á no ser en cuanto á la parte libre de sus bienes.

La prohibición, según Goyena, aun tratándose de herederos

voluntarios, era desde luego exagerada, irracional é injusta, porque injusticia hay en pretender que el heredero se exponga á ojos cerrados á su ruina.

Por esto el proyecto de Código de 1851, art. 842, decía: «Todo heredero puede pedir formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, aunque el testador se lo haya prohibido.»

Más explícito nuestro Código, no habla sólo de pedir la formación de inventario, sino también de aceptar la herencia á beneficio de inventario.

Son dos facultades distintas del heredero, como hemos expuesto en las ideas generales, y ambas pueden ser ejercitadas, aun contra la prohibición terminante del testador, por toda clase de herederos.

Concordancias.—Son limitadísimas las concordancias del artículo 1010 de nuestro Código, y casi puede augurarse que concretamente carece de correlación determinada con las legislaciones extranjeras europeas.

Por lo que respecta á las hispano-americanas, Argentina dispone (art. 3896) que el testador no puede ordenar al heredero sea legítimo ó extraño que acepte la sucesión sin beneficio de inventario. Acerca del beneficio de deliberar (art. 3400), el Código argentino concede treinta días al heredero para que utilice este derecho.

Los Códigos de Chile (art. 1249), Colombia (art. 1306), Ecuador (art. 1239) y Salvador (art. 1188), también disponen la nulidad de la prohibición que el testador haya impuesto al heredero de aceptar la herencia utilizando este beneficio legal.

Guatemala (art. 847) y Perú (art. 750) terminantemente disponen que al heredero nunca puede obligársele á la aceptación de la herencia, y que, en su consecuencia, éste la puede aceptar simplemente ó con beneficio de inventario. Como los anteriores, carecen los Códigos guatemalteco y peruano de disposiciones especiales acerca del derecho de deliberar.

Honduras (art. 1133) transcribe literalmente nuestro artículo 1010.

Costa Rica (art. 335) concuerda con el párrafo 1.º del artículo de nuestro Código que concordamos.

Méjico, como ya hicimos notar en concordancias anteriores, determina en su art. 3701 que *toda* herencia se entiende aceptada á beneficio de inventario, aunque no se exprese.

El art. 1053 del Uruguay reproduce el párrafo 1.º de nuestro Código, y el de los Estados Unidos de Venezuela preceptúa (artículo 929) que el heredero puede pedir que se le admita al beneficio de inventario, no obstante la prohibición del testador.

ARTÍCULO 1011

La aceptación de la herencia á beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario, ó por escrito ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría ó abintestato.

ARTÍCULO 1012

Si el heredero á que se refiere el artículo anterior se hallare en país extranjero, podrá hacer dicha declaración ante el Agente diplomático ó consular de España que esté habilitado para ejercer las funciones de Notario en el lugar del otorgamiento.

ARTÍCULO 1013

La declaración á que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes.

No se trata en estos artículos de la previa formación de inventario para deliberar después, sino de la aceptación de la herencia con dicho beneficio.

Establece el art. 1011, en relación con el 1008, dos formas separadas é independientes, una extrajudicial y otra judicial.

Es la primera, la declaración de aceptar la herencia á beneficio de inventario, hecha en escritura ante Notario, por el heredero residente en territorio español, ó ante el agente diplomático ó consular de España, habilitado para ejercer las funciones de notario en el lugar del otorgamiento, si el sucesor reside en el extranjero.

Es la segunda, un escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaría ó abintestato.

La aceptación á beneficio de inventario, como la renuncia, debe ser por lo tanto expresa y formal. Se comprende que así sea en interés de los acreedores y legatarios, á quienes importa conocer esa determinación del heredero, pues por lo mismo que sólo los bienes del difunto deben responder en tal caso al pago de los legados y de las deudas, tienen derecho á exigir que aquélla sea indudable, y que los bienes se determinen con toda exactitud, para que el heredero no pueda distraerlos ó darles distinta aplicación de la que legalmente corresponde.

Al efecto de determinar los bienes con toda exactitud, la ley, sin necesidad de que ningún acreeedor ni legatario lo solicite, exige en el art. 1013, que la declaración de aceptarse la herencia á beneficio de inventario vaya precedida ó seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresan en los artículos siguientes.

Nada más racional y fundado que esta disposición. El heredero, mediante la aceptación á beneficio de inventario, viene á convertirse en un simple intermediario que representa limitadamente la personalidad del difunto, para cumplir en nombre de éste cuantas obligaciones contrajo durante su vida ó se impuso en su testamento; pero destinando solamente para ese fin los bienes que el causante dejó al tiempo de su muerte. Está en el interés propio de ese heredero que consten de un modo formal y

público cuáles son esos bienes, para que no se confundan de ningún modo con los suyos propios, y sin género alguno de duda se conozcan los que constituyen la garantía de los legatarios y acreedores. Y está también en el interés de éstos saber hasta dónde alcanza tal garantía, que representa la seguridad de que serán pagados en todo ó en parte, hasta donde llegue el valor de los bienes relictos.

Esta necesidad se llena mediante la formación de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia.

Sabemos que el inventario es una relación descriptiva de objetos, y en relación á la herencia; para ser completo, debe comprender todos los bienes, derechos y cargas, ó sea un estado demostrativo del pasivo y del activo de la sucesión.

Aunque el Código francés, art. 794, habla también de bienes de la herencia, Laurent entiende que sólo debe comprender el inventario los bienes muebles que perteneciesen al causante, pues éstos son los que fácilmente podrían sustraerse, mientras los inmuebles no pueden desaparecer, siendo fácil á los acreedores descubrirlos ó conocerlos, por la titulación que, como efectos, debe inventariarse, ó por la inscripción en el Registro.

No podemos aceptar esta opinión, porque las palabras de nuestro art. 1013 son bien terminantes, y no vemos razón para limitar su alcance y natural significación. *Todos los bienes de la herencia*, quiere decir, toda clase de bienes, muebles ó inmuebles, efectos, fincas y derechos. Además, en nuestro país una gran parte de la propiedad inmueble no resulta inscrita en el Registro de la propiedad; de algunas fincas no existen ni aun títulos ó documentos que justifiquen el dominio ó el derecho de que se trate ni puede prescindirse de la posesión, y podría resultar la ocultación de esos inmuebles si no se incluyesen en el inventario.

El inventario ha de ser fiel y exacto, como dice el art. 1013; esto es, ha de ser completo, comprender todos los bienes de la sucesión, sin omitir nada, y sin incluir derechos ú objetos pertenecientes á un tercero, y ha de contener además una descrip-

ción leal y verdadera de cada cosa que impida toda confusión y con ello todo error y perjuicio.

Los códigos de Chile y de Méjico son más minuciosos que el nuestro sobre este punto, aunque sustancialmente ordenan lo mismo; y como podrán servir de modelo, creemos conveniente insertar aquí lo que sobre ello disponen. Dicen así:

«El inventario—dice el art. 382 del Código de Chile, en relación con el 1253—, hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno á uno, ó señalando colectivamente los que consisten en número, peso ó medida, con expresión de la cantidad y calidad, sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner á cubierto la responsabilidad del heredero. Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del causante de que hubiere comprobante ó sólo noticia, los libros de comercio ó de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor ó utilidad».

Las mismas reglas consignan los artículos 372 y 1243 del Código del Ecuador, 472 y 1310 del de Colombia y 405 y 1192 del de la República de El Salvador.

El art. 1013 de nuestro Código exige, pues, un inventario hecho con las formalidades que examinaremos al comentar los artículos 1014 y 1016, donde se completarán las ideas expuestas, y dentro de los plazos que en dicho 1014 y siguientes se determinan y exige que proceda ó siga la declaración de aceptarse la herencia á beneficio de inventario, pues en otro caso esta declaración queda sin efecto.

De aquí arrancan principalmente dos cuestiones que será forzoso resolver.

1.ª Si á la declaración de aceptarse la herencia á beneficio de inventario no procede ó sigue el inventario hecho en los plazos y con las formalidades legales, ¿cuál es la situación de ese heredero? ¿Se le impone la cualidad de heredero puro y simple, ó queda en libertad de aceptar ó repudiar la sucesión?

2.ª Puesto que según el art. 1014 la formación de inventario ha de pedirse judicialmente, y según el 1019 la manifestación de renunciar ó aceptar en cualquier forma, después de hecho el inventario, ha de hacerse también ante el juez, ¿qué efectos produce la aceptación ante Notario? ¿Para qué sirve?

Primera. Esta cuesción es de importancia, pero estimamos que la resuelve el mismo art. 1013.

La declaración, dice éste, «no producirá efecto alguno». Al no producir efecto alguno se tiene por no hecha. ¿Cuál es la situación de ese sucesor? Indudablemente la misma que tendría en el caso de no haber hecho su declaración; ó lo que es lo mismo, los efectos de no preceder ó de no seguir el inventario son los mismos que los de no pedir la formación de ese inventario en los plazos y con las formalidades que previenen los artículos 1014 al 1016. El art. 1013 sólo quiere decir que el inventario es esencialísimo, y sin él, supérflua la simple manifestación de aceptar con ese beneficio. Esto es lo esencial en el artículo: sin inventario formal no se admite, no puede reconocerse la eficacia de una aceptación beneficiaria: ésta no existe.

Laurent dice que el sucesor no es beneficiario, puesto que no ha hecho inventario, pero le basta hacerlo para gozar de ese beneficio; queda como hábil para suceder, pudiendo aun renunciar mientras no realice actos de heredero.

Los efectos pueden ser más graves de lo que parece deducirse de estas frases. La opinión es cierta, mas para que baste hacer el inventario cuando se quiera, y para poder aún renunciar, es necesario que esos caminos se consientan en los artículos 1014 al 1016. Hay que hacer distinción: en el caso del artículo 1016, el sucesor puede hacer el inventario cuando quiera, y únicamente al perder el derecho de hacerlo, pierde también por prescripción el derecho á la herencia. En el caso del artículo 1015, el sucesor tiene un plazo para aceptar ó repudiar: si aceptó, la renuncia es ya imposible, porque esa manifestación es irrevocable. Por último, con relación al art. 1014, podrá re-

nunciar si no pide la formación de inventario, pero será dejando de poseer, antes de transcurrir los plazos que en dicho artículo se determinan, los bienes de la herencia, pues si sigue poseyéndolos, se impone la aceptación pura y simple.

Parece anómalo que el heredero, que de un modo formal ha manifestado que acepta aunque á beneficio de inventario, pueda aún renunciar en ciertos casos en los que no pueda y deba presumirse una aceptación pura, pues no se armoniza mucho tal conclusión con el precepto del art. 997, que declara la aceptación ó la renuncia, una vez hecha, irrevocable; pero el art. 1013 está terminante: la declaración no producirá efecto *alguno*. Si ya no se pudiese en ningún caso renunciar, la declaración produciría ese efecto importantísimo contra lo que dice el artículo. El art. 1018, aunque en caso distinto, revela mucho más rigor. La ley sin duda supone que la aceptación pura no existe por la simple declaración de los arts. 1011 y 1012, puesto que expresamente ha manifestado el heredero no quererla, y que la aceptación á beneficio de inventario no es completa, por faltar en ella ó para ella lo más esencial, que es el inventario.

Otra interpretación admite el artículo, quizás menos conforme con su letra, pero más en armonía con el art. 997. En la manifestación de aceptarse la herencia á beneficio de inventario, pueden separarse dos cosas distintas; una la voluntad de aceptar, otra el deseo de disfrutar el beneficio de inventario. La primera es irrevocable; el segundo no produce efecto alguno á no preceder ó seguir el inventario fiel y exacto de que habla la ley. El heredero, por tanto, ha aceptado y no puede ya renunciar. Los actos que después se realicen, marcarán la forma de esa indeterminada aceptación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Junio de 1899, relacionando los artículos 999, 1024, 1011, 1013, 1014, 1017 y 1018, no parece conforme con la doctrina expuesta, teniendo en cuenta circunstancias especiales. Por muerte de una persona sin testamento, su viuda y sus hijos, éstos *menores de edad*, y representados por aquélla, solicitaron ser declarados herederos

del finado, advirtiendo y anticipando que la aceptación de la referida herencia se había de entender á beneficio de inventario. Obtuvieron la declaración de herederos, y adjudicaron la herencia á los acreedores, y algunos años después se presentó un nuevo acreedor reclamando cierto crédito. La Audiencia condenó á los herederos á pagar al acreedor con bienes hereditarios y hasta donde éstos alcanzasen, por haberse aceptado la sucesión á beneficio de inventario. El acreedor interpuso recurso de casación por conceptuar que se infringían los artículos 1011, 1013, 1014, 1024, 999 y 1017 del Código, pues los herederos habían solamente anunciado su propósito de aceptar á beneficio de inventario, pero habían omitido la práctica de éste en tiempo oportuno y con citación de los acreedores, y además habían enajenado bienes del caudal del finado, lo cual les colocaba en la situación de herederos puros y simples que deben responder con sus propios bienes de las obligaciones del causante. El Tribunal Supremo, no obstante tan fundada doctrina, declaró no haber lugar al recurso, por estimar que la aceptación se había hecho conformándose con el art. 1011; que los 1013, 1014 y 1017, no eran aplicables por no haber estado habilitados los menores con la sola declaración de herederos, y por no haberse justificado que el inventario dejara de hacerse por culpa ó negligencia de los herederos, como exige el art. 1018, cuyo alcance é inteligencia fijados por el Tribunal sentenciador, no habían sido impugnados, y que habiéndose adjudicado los bienes todos á los acreedores, no había acto de enajenación que implicase, con arreglo á los artículos 999 ó 1024, aceptación pura y simple de la sucesión.

En resumen, resulta que la manifestación de aceptar á beneficio de inventario, no fué, en el caso expuesto, precedida ni seguida de un inventario fiel y exacto de los bienes de la herencia hecho con las formalidades legales; que los herederos por sí y ante sí dieron los bienes que quisieron, pues en parte alguna constaba formalmente cuáles eran los hereditarios, á algunos acreedores, y que á pesar de todo, el Tribunal Supremo sostiene

que aquella manifestación produjo todos los efectos de una aceptación beneficiaria, y que la adjudicación privada de ciertos bienes á los acreedores no supone aceptación pura y simple. Como el art. 1018 parece referirse, no al que acepta á beneficio de inventario y después no pide éste, sino al que, en las situaciones especiales de los artículos 1014 y 1015, da lugar á que se empiece ó no se termine en los plazos legales, ni dice que al no haber culpa ó negligencia haya de sostenerse una aceptación beneficiaria sin inventario alguno, ni menos en el caso de disponerse de los bienes de la herencia aun en favor de acreedores, sólo puede explicar el fallo del Tribunal Supremo una razón: la de que los herederos eran menores de edad, y no debían sufrir las consecuencias de los actos informales realizados por sus representantes, aparte la circunstancia de no haberse impugnado la interpretación dada por el Tribunal sentenciador al art. 1018.

Véase el comentario de este artículo y su relación con el 1013.

Segunda. Esta cuestión es de menos importancia.

El heredero, empiece por pedir el inventario para después aceptar ó para deliberar, ó empiece aceptando para reclamar en seguida dicho inventario, como exige el art. 1013, ha de tener en cuenta que ese inventario ha de pedirlo á la autoridad judicial, y que ante la misma tiene que manifestar su voluntad en el caso del art. 1019, de modo que debiendo intervenir siempre dicha autoridad para que el acto resulte completo y eficaz, está en el interés de ese heredero evitarse gastos inútiles, y prescindir del medio extrajudicial para la aceptación ó de la intervención del Notario.

Pueden desde luego utilizarse las dos formas expresadas en el art. 1011, y en casos excepcionales puede ser conveniente a interesado valerse de un Notario; mas en las circunstancias normales, para que la forma extrajudicial fuese eficaz y á veces más útil, sería necesario que el Código diese también eficacia, en el caso de aceptarse la herencia con el expresado beneficio, al inventario extrajudicial practicado ante el mismo Notario con in-

tervención ó citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios. No siendo así, en el art. 1011, y por virtud del texto expreso del 1013 en relación con el 1014, puede decirse que casi está de sobra una de las formas de aceptación beneficiaria, por imponerse indirectamente la otra forma, la judicial, en todos los casos.

Concordancias.—Los arts. 1011 y 1013 concuerdan con los 793 y 794 de los Códigos de Francia y Bélgica, y 955 y 959 del de Italia, si bien la forma única aceptada es la manifestación ante el Secretario del Tribunal del distrito correspondiente, y la inscripción en un libro registro especial.

En los hispano-americanos, aparte de las disposiciones insertas en el comentario de los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y el Salvador, Argentina (art. 3397), exige la declaración del heredero ante el Juez á quien corresponda conocer de la sucesión en el término de diez días, habiéndose de tener en cuenta que cualquier otra declaración no tendrá efecto alguno, aunque sea un acto auténtico.

Bolivia, Guatemala y Perú, carecen de preceptos concordantes en lo que se refiere á la forma de la manifestación del beneficio de inventario. Méjico, como es sabido, reputa siempre aceptada la herencia á beneficio de inventario; por lo tanto, no guarda concordancia con el Código español, y por lo que se refiere á las formalidades del inventario, el art. 3773 dispone que éste se formará según disponga el Código de Procedimientos. El Código de la República Oriental del Uruguay, en sus artículos 1054 y 1055, contiene la misma doctrina que los 1011 y 1018 del derecho español. Asimismo, Venezuela guarda estrecha analogía en sus arts. 928 y 930, los cuales, como el Código español, exige manifestación expresa mediante declaración ante el Juez, publicación de anuncios ó edictos y formalización subsiguiente de inventario.

Los arts. 1034 al 1036 del Código de Honduras, son fiel reproducción de los preceptos de los artículos correspondientes del Código patrio.

ARTÍCULO 1014

El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos y quiera utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaría, ó del abintestato, dentro de diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante de la herencia. Si residiere fuera, el plazo será de treinta días.

En uno y en otro caso, el heredero deberá pedir á la vez la formación del inventario y la citación á los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarlo si les conviniere.

ARTÍCULO 1015

Cuando el heredero no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, los plazos expresados en el artículo anterior se contarán desde el día siguiente al en que expire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar ó repudiar la herencia conforme al art. 1005, ó desde el día en que la hubiese aceptado ó hubiera gestionado como heredero.

ARTÍCULO 1016

Fuera de los casos á que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar á beneficio de inventario, ó con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

Prevenía la ley 1.ª, tít. 6.º, Partida 6.ª, que el inventario debía empezarse dentro de los treinta días siguientes al en que

los herederos tuviesen conocimiento de serlo, y terminarse en el término de tres meses ó un año, según que todos los bienes radicasen en un mismo lugar ó en distintos puntos.

Importantes son los tres artículos que vamos á comentar, difíciles y áridos. Haremos primero su estudio general, y después los examinaremos especialmente.

I.—Estudio general de los artículos 1014 al 1016.

La ley considera la aceptación á beneficio de inventario más bien como un beneficio que como un derecho; es, si se quiere, un derecho en el Código, pero excepcional. De aquí las limitaciones que estos artículos y el 1013 imponen al heredero para que pueda aceptar en esa forma.

Y en efecto, hay que convenir en que la situación es muy delicada. Se comprende que el heredero, que no posee los bienes hereditarios, pueda renunciar la sucesión cuando quiera, si nadie le precisa á manifestar su voluntad. Se comprende también que el heredero que acepta pura y simplemente, posea los bienes de la herencia confundidos con los suyos, sin formalizar inventario. Lo que no se comprende es cómo pueden armonizarse la voluntad de renunciar con la posesión de los bienes, ó la voluntad de aceptar á beneficio de inventario con esa misma posesión, y sin formalizar el inventario, que es la base del beneficio.

Esa posesión, en el caso de aceptación beneficiaria, constituye un peligro, no sólo para los acreedores y legatarios, sino para el mismo heredero. En interés de todos está el formalizar cuanto antes esa relación de todos los bienes del causante que, separando su patrimonio del del heredero, muestra de un modo formal y seguro cuál es la garantía que queda á aquellos acreedores y legatarios.

De aquí el rigor del art. 1014, más que en lo que dice, en lo que de él se desprende. El heredero que tiene en su poder los bienes de la herencia ó una parte de ellos y quiere utilizar el beneficio de inventario, deberá manifestarlo en el término de diez días. Si por culpa ó negligencia suya no lo manifiesta en ese tér-

mino, y tiene en su poder una parte de aquellos bienes, ya no puede aceptar á beneficio de inventario, y menos debe poder renunciar. Así se deduce de ese artículo, y así viene á declararlo también de un modo indirecto, pero aun más claro, el artículo 1016, y sobre todo el 1018. Podrá estimarse corto ese plazo de diez días, y hasta duro y aflictivo para el heredero en determinadas circunstancias. El Código de Italia, sólo después de poseer tres meses los bienes, declara caducado el derecho. En cambio, el Código de Vaud, citado por Goyena, concede sólo veinticuatro horas. Nuestro Código no es, pues, el más tolerante, pero tampoco es el más exigente. Adopta un término medio, procurando huir de toda exageración.

Y es que, ni puede legislarse por la excepción, ni puede atenderse exclusivamente al interés de los sucesores. Dado el sistema de la ley, no hay que fijarse sólo en la situación del heredero, sino también en la de los acreedores del causante. A mayor tiempo de inacción, mayor peligro de que desaparezca ó se confunda algún objeto de la herencia. Y no hay que perder de vista: primero, que el inventario interesa también á los sucesores; segundo, que tener éstos los bienes en su poder, poseerlos materialmente, equivale á disfrutar de ellos más ó menos, y aun á ejercitar actos de heredero puro y simple, y sin embargo, la ley lo consiente porque lo cree en muchos casos natural é irremediable, siempre que esa posesión no exceda de diez días. Dentro de esos diez días, el heredero ó sucesor puede pedir la formación de inventario para aceptar con ese beneficio ó para deliberar, y puede abandonar los bienes para conservar su libertad de hacer la renuncia, ó para pedir después que el inventario se formalice.

El más grave problema que, á nuestro juicio, resulta del estudio de los arts. 1014 al 1016, y que en éstos no se resuelve de frente, es el que sigue: El sucesor que, teniendo en su poder los bienes de la sucesión, ó una parte de ellos, no pide judicialmente, por culpa ó negligencia suya, la formación de inventario dentro de los diez ó treinta días que marca el 1014, ¿puede des-

pués aceptar con beneficio de inventario? ¿Conserva el derecho de deliberar? Creemos que no: no tiene tal facultad; ha de ser considerado como heredero puro y simple, porque no cumple lo que la ley le ordena como condición precisa para usar de esos beneficios en el art. 1014; porque sólo fuera de los casos á que este artículo y el 1015 se refieren, puede aceptarse la herencia después con el beneficio repetido ó con el derecho de deliberar según el art. 1016, y porque, por la omisión del heredero no se principiará el inventario en el tiempo prescrito, y será aplicable el art. 1018. ¿Puede después renunciar? Menos aún, porque sus actos envuelven aceptación, á tenor del art. 999, y en eso precisamente se funda el 1014 para declarar indirectamente caducados el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, aparte de que el 1018 impone la aceptación pura y simple.

En el caso del art. 1015 los efectos son idénticos, aunque en virtud de distinto fundamento. Hay un tercer interesado que instó en juicio con arreglo al art. 1005, y al sucesor se le ha concedido un plazo, bajo la base, según se desprende del artículo 1014, de no tener en su poder los bienes de la herencia. ¿Acepta dentro de ese plazo, ó pide el derecho de deliberar? Se le concede aún diez ó treinta días más para pedir la formación del inventario. ¿No le pide? Ha de considerársele heredero puro y simple; ya no puede deliberar, ni renunciar, ni aceptar á beneficio de inventario. Siempre, no obstante, bajo la base del artículo 1018: ser imputable la omisión al mismo heredero.

Aplicación á las personas incapaces de aceptar.—¿Y si se trata de una persona incapacitada para aceptar por sí misma, y en nombre de la cual han de obrar sus representantes legítimos?

Esta cuestión se relaciona con las tratadas en los arts. 999, 1005 y aun 1002, acerca de los efectos de esos preceptos respecto á menores, incapacitados, personas jurídicas, etc. La ley omite todo precepto con relación á este particular.

Hemos dicho que los menores é incapacitados incluyendo en éstos á los sordomudos que no sepan leer y escribir, aunque realicen actos de heredero, nunca se entiende por ello que aceptan

puramente la herencia. La ley les niega capacidad, y sería concedérsela indirectamente dar á esos actos la eficacia de una adición pura y simple; además, sería suponer que conocían la trascendencia de los actos realizados, lo cual es en buena lógica inadmisible. Luego el hecho de tener en su poder diez ó treinta días los bienes de la herencia, nada significa en cuanto á los incapacitados: ni es aceptación, ni es renuncia, ni es en verdad poder.

Sus representantes legítimos han de guardar ciertas formalidades para aceptar ó para renunciar, y si no las guardan, no obligan á sus representados, sin perjuicio de incurrir ellos en responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que los arts. 1014 y 1015 son sólo una derivación de las reglas de los 999 y 1005. Se señala un plazo breve y determinado para formar el inventario, ó porque el heredero tiene en su poder bienes de la herencia, ó porque un tercer interesado exige judicialmente una pronta resolución de aceptación ó de renuncia.

Con relación al art. 1014, tenemos que el tutor, por sí solo, no puede aceptar puramente; luego si en nombre del incapacitado ocupa los bienes, lo que equivale á una aceptación pura, realiza un acto ilegal, un acto que excede sus facultades, un acto nulo. La omisión en pedir después la formación del inventario no debe afectar al menor ó incapacitado, porque éstos son los herederos, y los bienes legalmente no están en su poder, por lo que, con relación á los mismos, es ó debe ser aplicable el artículo 1016; el plazo limitado no existe. Si, pues, un tutor tiene en su poder los bienes de la herencia más de treinta días en nombre de un loco, no por esto entendemos que ha de atribuirse á éste la cualidad de heredero puro y simple. Si no reclama en tiempo oportuno el inventario, no por ello debe perder el incapacitado este beneficio, porque, además de que se lo concede el art. 992, sería fundarse en actos ilegales del tutor dándoles eficacia, y porque no es justo que en los incapacitados recaiga perjuicio innecesario. De los actos ilegales del tutor ó de sus omisiones él solo debe responder.

No puede decirse lo mismo respecto á las corporaciones, asociaciones y fundaciones. Sus representantes legítimos obligan con sus actos á la persona moral cuyos intereses defienden, y puesto que tienen capacidad para aceptar puramente ó á beneficio de inventario sin sujetarse á determinadas formalidades, si, lo que no es natural, tienen en su poder los bienes de la herencia más de diez ó treinta días, y no piden la formación de inventario, se entiende que la persona moral acepta pura y simplemente, y esto será además lo normal y ordinario si en algún caso ocurre así. Si por los actos del representante se irrogan perjuicios á la corporación, asociación ó fundación, se exigirá á aquél la responsabilidad é indemnización que proceda. No obstante, si los reglamentos ó estatutos de esos entes morales, requieren determinadas formalidades para los actos ó resoluciones que adopten sus representantes, no sujetándose éstos á ellas, aquéllos no pueden quedar obligados.

En el caso del art. 1015, en relación con el 1005, la cuestión es también dudosa. La pretensión del tercer interesado ha de hacerse saber á los representantes del incapacitado, tutor y consejo de familia, ó representantes legítimos de las corporaciones, asociaciones ó fundaciones. No es fácil que dejen de adoptar alguna determinación; pero, ¿y si no la adoptan? No puede quedar todo en lo cierto, porque sería inútil el precepto del artículo 1005 con relación á esos herederos, y sin embargo, es indudable que los herederos no tienen culpa alguna: que la culpa es sólo de sus representantes. La ley, sin distinguir, supone la aceptación, lo que envuelve ya la pérdida del derecho de renuncia, hecho consentido por el consejo de familia, ó por la representación legítima de la persona moral, y del cual, si resulta perjuicio, deben ser esos representantes los responsables.

Aceptada esta regla, que es la que creemos más legal, cabe aún el beneficio de inventario, con arreglo al art. 1015; pero si se dejan transcurrir los diez ó treinta días prefijados sin pedir que el inventario se forme, ¿se entenderá aceptada puramente la herencia por los incapacitados ó personas jurídicas? Los ar-

tículos 1005 y 1015 señalan términos para la prescripción de un derecho, y el 1932 dice: «Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley. Queda siempre á salvo á las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción.» Duro es el precepto, pero repetimos que es lo que creemos más legal.

Se dirá que entre esta conclusión y la que dimos con relación al art. 1014 no existe armonía, y se nos tachará de inconsecuencia. Pero las circunstancias son distintas. En el 1014 la aceptación pura se impone, porque se realizan actos de heredero, actos que en el tutor son ilegales, nulos, y desaparecidos los cuales, no hay términos hábiles para fundar la prescripción; no aparece, además, por de pronto interesado ningún tercero en la cuestión. En el art. 1015 la aceptación pura resulta, por el contrario, por el simple transcurso de los plazos que se establecen, y una vez cumplidas por terceros interesados las formalidades legales.

No obstante, si se exigiera una regla única y uniforme, aplicaríamos los arts. 1014 al 1016, sin distinción, á toda clase de herederos, capaces ó incapaces de aceptar por sí mismos, salvo lo dispuesto en el art. 992, y haríamos en todo caso responsables de sus actos ú omisiones perjudiciales para los representados á sus representantes legítimos.

El Código de Guatemala, como los de Chile y Colombia, Ecuador y Salvador cuando se trata de personas incapaces de aceptar por sí mismas, sólo admiten una forma de aceptación posible: la aceptación á beneficio de inventario. «No cumpliéndose así, dice el art. 1250 del código de Chile, y sus concordantes de los códigos expresados, las personas naturales ó jurídicas representadas no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda; ó se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas.»

El código de Méjico no admite la aceptación pura en ningún caso. Los herederos y el albacea tienen obligación de promover la formación del inventario en el término de quince días, y aun el juez, de oficio, ha de dictar medidas para que no se oculten ni pierdan los bienes.

En los establecimientos públicos oficiales, volviendo á nuestro Código, es indispensable la autorización del Gobierno. Ni es natural que tengan en su poder los bienes, ni cabe una aceptación pura en forma tácita, ni á beneficio de inventario, sin inventario.

La mujer casada puede aceptar de un modo tácito, quedando obligada pura y simplemente. Pueden, pues, aplicársele sin dificultad los arts. 1014 y 1015.

***

La ley, en sus arts. 1014 al 1016, señala una regla general y sus excepciones.

Regla general.—En el art. 1016 se consagra en absoluto el principio de libertad en el heredero. En circunstancias normales es regla general que la herencia puede siempre renunciarse, aceptarse puramente, pedirse el derecho de deliberar ó aceptarse con beneficio de inventario. Mas para la aplicación del principio general es necesario:

1.° Que la persona llamada á suceder no realice actos de heredero ni tenga en su poder los bienes de la herencia, porque esto equivale á aceptar la sucesión, siendo inconciliable la libertad de renunciar con el disfrute de los bienes hereditarios.

La ley concede un plazo para acogerse al beneficio, que permite calificar del modo más favorable esa aceptación.

2.° Que no haya un tercer interesado que inste judicialmente para que el llamado á suceder decida si acepca ó no acepta, porque si lo hay, los derechos de ese interesado no pueden quedar largo tiempo en la incertidumbre, y así, aunque el sucesor conserve su libertad, ha de usar de ella en el plazo que se le señale.

3.° Que no haya prescrito la acción para reclamar la herencia. Esta acción prescribe, según el art. 1963, á los treinta años, salvo la adquisición por un tercero en más breve plazo. Prescrita la acción y perdido el derecho que no se posee, ya no cabe inventario, renuncia ni aceptación.

Estas condiciones, que han de reunirse para la aplicación de la regla general, constituyen precisamente las excepciones que los arts. 1014 al 1016 estudian con relación á la aceptación á beneficio de inventario, y al derecho de pedir la formación de este inventario para después deliberar.

Examinados bajo su aspecto general los tres expresados artículos, haremos brevemente su especial estudio.

II.— Estudio especial de los arts. 1014 al 1016.

A. *Artículo 1014.*—Supone como base que la persona llamada á heredar tiene en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos.

El poder equivale á la posesión real ó material de los bienes, como dice el Código de Italia. A la persona llamada á suceder se transmite de derecho la posesión de los bienes hereditarios, como dice el art. 440, desde el momento de la muerte del causante, pero sólo en el caso de que llegue á adir la herencia. La posesión de hecho revela uso ó disfrute, esto es, aceptación; mas no excediendo de cierto tiempo, la ley concede aún el derecho de deliberar, pidiendo oportunamente el beneficio de inventario.

Es igual que esa persona tenga en su poder todos los bienes de la herencia ó una parte de ellos, aun una sola cosa de la herencia: por ejemplo: habitar la casa del causante, porque sólo como heredero puede tener ese poder ó esa facultad. Esto prueba que si esa posesión ó poder se tiene con derecho en otro concepto distinto al de heredero, el art. 1014 no es aplicable.

Tampoco lo será cuando ese poder ó posesión no sea cons-

ciente, bien por falta de capacidad en el poseedor, bien por error probado, como si la persona llamada á suceder creyese que los bienes que tenía en su poder no pertenecían á la herencia, ó ignorase su derecho á la sucesión.

Si en tales circunstancias la persona llamada á suceder quiere aceptar pura y simplemente, puede continuar en el disfrute de los bienes y aun disponer de ellos. Y si quiere deliberar sobre lo que mejor le conviene, ó aceptar con beneficio de inventario, debe manifestarlo en el término de diez ó treinta días, que señala el art. 1014, al juez competente. Y si quiere renunciar, debe abandonar los bienes, privarse de su posesión material antes de que esos plazos transcurran, pues si no los abandona ni solicita el derecho de deliberar en esos plazos, mediando negligencia por su parte, la renuncia ya no es posible por presumirse de hecho y de derecho la aceptación.

Manifestación que exige el art. 1014.—Es la de querer utilizar el beneficio de inventario, ó el derecho de deliberar; esto es, la de desear aquel beneficio para deliberar después de bien conocido el activo y el pasivo de la herencia, si conviene su aceptación ó su renuncia.

Cuando el heredero se halla decidido á aceptar con el beneficio de inventario, la manifestación, según el art. 1011, puede hacerse también ante notario; pero con arreglo al art. 1013, ha de pedirse judicialmente la formación de inventario, dentro de los plazos y con las formalidades de los arts. 1014 y siguientes. Luego dentro de esos plazos precisamente, en el caso del artículo 1014, ha de manifestarse que se quiere aceptar con beneficio de inventario, por lo que conviene al heredero hacer esa manifestación ante el juez, más bien que ante el notario.

Al manifestarse al juez que se acepta á beneficio de inventario ó que se quiere utilizar el derecho de deliberar, ha de pedirse la formación del inventario, y la citación á los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarlo si les conviniere. De modo que de una vez, en un solo escrito, ha de constar aquella manifestación y estas peticiones.

Los trámites que han de seguirse, aparecen delineados en el Código, y vienen á ser los de los juicios de testamentaría y abintestato.

Es juez competente el del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio. Si lo hubiere tenido en país extranjero, será juez competente el del lugar de su último domicilio en España, ó donde radicaren la mayor parte de sus bienes.

Plazo.—Diez días ó treinta tiene el sucesor para hacer la manifestación á que el art. 1014 se refiere. Diez días si la persona llamada á suceder reside en el lugar donde hubiese fallecido el causante; treinta, si reside fuera de ese lugar.

Cuando el causante fallece en el lugar de su último domicilio, cuyo juez es el competente, el precepto está bien, y no habrá cuestión. Mas si fallece fuera de ese domicilio, en un punto donde residiese de un modo accidental, podrá ofrecer duda en algunos casos. El finado, por ejemplo, estaba domiciliado en Granada, é hizo un viaje á París, ó á determinados baños, en cuyas circunstancias le sorprendió la muerte. Si su heredero le acompañó en su viaje, tiene diez días; si reside en Granada, cuyo juez es el competente, tiene treinta. No puede ser éste el pensamiento del legislador, y no se diga que en tales circunstancias no tendrá el heredero en su poder los bienes de la herencia, porque es lo natural que recoja el metálico, las alhajas, ropas, etc., parte de esos bienes, y puede tenerlos en su poder, bastando esta posibilidad para buscar otra solución.

Creemos que la ley quiere referirse á que el heredero se halle ó no, esto es, resida ó no resida en el lugar del último domicilio del causante, y pueda, por tanto, gestionar en un plazo mayor ó menor, según los casos.

El plazo se cuenta desde el día siguiente al en que el heredero tuviese conocimiento de serlo. Este precepto es justo. La muerte del causante por sí sola nada significa si el sucesor la ignora, ó aun conociéndola, si ignora que ha sido llamado á la herencia. El que no sabe que es heredero, dice Goyena, ¿cómo ha de hacer inventario? Los herederos forzosos al conocer la

muerte de su causante, ha de presumirse que conocen su derecho á heredar.

El plazo, pues, ha de arrancar desde la fecha en que el heredero supiese que lo era: ¿bastará, no obstante, su manifestación, ó se exigirá la prueba de esa fecha? Entendemos que debe bastar la manifestación del heredero; pudiéndose probar en su caso la inexactitud de su afirmación por cualquier acreedor ó legatario á quien con ella se perjudique, y aun por cualquier otro heredero ó interesado en el asunto.

Si antes de transcurrir los diez ó treinta días marcados, el heredero renuncia en forma legal, no puede pretenderse su aceptación aunque siga poseyendo los bienes hereditarios. Será un detentador ó un depositario, y como tal ha de considerársele en cuantas relaciones se creen:

Si por virtud de la renuncia es llamada otra persona á la sucesión, que también tenga en su poder algunos bienes hereditarios, el plazo para utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar empieza para él, como es nataral, desde que supo que tenía derecho á la sucesión.

Cuando son varios los herederos que tienen en su poder los bienes de la herencia, el plazo respecto á todos es el mismo, según sus circunstancias de residencia y fecha del conocimiento de su derecho á la herencia. No es preciso que cada uno de ellos presente un escrito al juzgado, si todos quieren utilizar el derecho de deliberar ó aceptar á beneficio de inventario; pero en el escrito que se presenta ha de constar, en su caso, la voluntad de todos. De otro modo, obtendrán el beneficio los que cumplan la ley, y los demás podrán ser considerados como herederos puros y simples.

Puede ocurrir que el sucesor muera antes de que transcurra el plazo concedido en el art. 1014. Desde luego es aplicable el artículo 1006; pero siempre bajo la base de que los herederos de ese sucesor tengan en su poder los bienes de la herencia, ¿se contará el tiempo transcurrido ó empezará el plazo nuevamente? Creemos que sólo tienen derecho á aprovechar el término que fal-

taba por transcurrir, pero á contar desde la aceptación de la herencia de su antecesor respectivo, porque antes no son herederos definitivos y no suceden en la facultad de aceptar ó repudiar; y al ser herederos, no les corresponden más derechos que los que conservaba su causante cuando murió. Si antes de ser herederos definitivos tuvieron en su poder los bienes de la herencia del primer causante, sólo pudo ser en concepto de extraños detentadores. El plazo queda en suspenso hasta llegar aquella aceptación: después continúa y no vuelve á empezar.

Como aclaración de toda la doctrina expuesta, es digna de mención, aun cuando no se refiera única y exclusivamente á las prescripciones del art. 1014 la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1907.

En sus más fundamentales Considerandos establece el Tribunal Supremo que el carácter de heredero á beneficio de inventario se adquiere mediante la manifestación del interesado hecha ante el Notario ó Juez competente en el plazo y con los requisitos legales; cumplidos los cuales, no cabe admitir que los actos posteriores del heredero invaliden ó anulen los efectos de dicho beneficio, sino por las causas taxativas del art. 1024 y con la concurrencia de dolo ó malicia que integren el propósito de lucro ó la intención de producir un perjuicio á los interesados en la herencia por cualquier título, causa ó motivo. Esto establecido, y declarado por la sentencia recurrida que la heredera *acudió dentro del término señalado* en el art. 1014 del Código civil ante Juez competente, *manifestando su aceptación á beneficio de inventario* de la herencia, y *cumplidos todos* los requisitos legales, se procedió por el actuario á inventariar los bienes relictos tal y como se encontraban, y á la sazón eran conocidos por la expresada heredera, hay que reconocer á la demandada y recurrida la circunstancia de la aceptación de la herencia en tales condiciones que le asignó la Sala sentenciadora de conformidad con lo que acreditan los testimonios traídos á los autos, según el expediente instruído por el Juzgado de primera instancia que conoció de la aceptación de la herencia con el expresado beneficio.

En virtud de éstas consideraciones y de los hechos demostrados, los actos de mera conservación de los derechos y acciones correspondientes á la heredera, aunque para ello hubiese hecho gestiones administrativas y sido parte en escrituras encaminadas á tal objeto, no pueden estimarse como actos de aceptación pura y simple, ni cabe suponer intención maliciosa cuando consta probado que tales actos de gestión y otorgamiento no se propusieron *apropiarse* en perjuicio de acreedor legítimo, bienes, derechos ó acciones de la herencia, sino tan sólo *garantizar* la conservación de los mismos.

B. Artículo 1015.—Se refiere al caso en que el heredero no tenga en su poder los bienes de la herencia en todo ó en parte, y supone como base una de estas dos circunstancias:

1.ª Que un tercer interesado ha instado en juicio con arreglo al art. 1005, y se ha señalado al llamado á suceder un plazo para que acepte ó renuncie.

2.ª Que la persona llamada á suceder ha gestionado como heredero ó ha aceptado indeterminadamente la sucesión.

La manifestación y peticiones que han de hacerse, el juez competente, y el plazo, son los mismos que en el art. 1014. Sólo cambia el punto de partida para la computación de ese plazo.

Si dnntro del plazo señalado por el juez, en el caso del artículo 1005, se manifestó la voluntad de aceptar, desde el día de esa manifestación se cuenta el término del art. 1014.

Si el heredero nada manifestó en el plazo del art. 1005, desde el día siguiente al en que terminó empiezan á contarse los diez ó treinta días á que el art. 1014 se refiere.

Con relación, pues, al art. 1005, la idea del 1015 es clara; pero el precepto de éste es más general: desde el día en que se hubiese aceptado la herencia, inste ó no inste un acreedor en juicio, ó desde el día en que el sucesor hubiese gestionado como heredero, se cuentan los plazos marcados en el art. 1014 para poder utilizar el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar.

Gestionar como heredero, practicar gestiones como tal heredero: ¿qué quiere indicar la ley con estas palabras? ¿En qué sentido se usa la palabra heredero, como persona llamada á la sucesión ó como sucesor aceptante? ¿Qué gestiones son esas? ¿Son actos de administración provisional ó de administración definitiva? ¿Cómo empieza el artículo suponiendo que no se ha practicado gestión, y sin embargo, se cuenta el plazo desde la gestión, que, como queda dicho, se supone no realizada? Puesto que el derecho de deliberar supone la facultad de decidirse por la aceptación *ó la renuncia* de la herencia, ¿cómo es posible que, una vez aceptada en general, ó especialmente en el caso del artículo 1005, se conceda aún el derecho de deliberar sobre dicha renuncia ó aceptación?

Tales son las dudas y cuestiones que surgen á la simple lectura del art. 1015: Sin embargo, estudiando atentamente la ley, puede conseguirse su resolución. Empecemos por lo más claro, ó por lo que ofrece menos dificultad.

El juez, á instancia de tercero, ha señalado un término al heredero para que se decida. Dentro de él, puede aceptarse, puede renunciarse, y puede solicitarse el derecho de deliberar, pidiéndose al efecto la formación de inventario. Si el heredero dentro de ese término acepta, ya no cabe renuncia. Si deja transcurrir el término que se le señaló sin resolverse, dice el artículo 1005 que se tendrá la herencia por aceptada; luego tampoco se puede ya renunciar.

El art. 1015 en relación con el 1014 ha de aplicarse forzosamente dentro de esos límites. La palabra *aceptación* se entiende en sentido indeterminado: se supone que ni el heredero ha dicho que acepta puramente, ni la ley ha impuesto esa clase de aceptación. Acepta, no renuncia: esto es todo. ¿Cómo acepta? Dentro de diez ó treinta días á contar desde que el heredero expresó su voluntad de aceptar, ha de pedir la formación de inventario, si quiere disfrutar este beneficio ó deliberar; pero deliberar, no ya sobre si acepta ó renuncia, porque renunciar después de aceptar es imposible, sino sobre si acepta puramente ó á beneficio

de inventario. Dentro de los diez ó treinta días siguientes al en que expiró el término cuyo transcurso supone aceptación, á tenor del art. 1005, cabe aún reclamar el derecho de deliberar, pero en el mismo sentido, sólo para calificar esa aceptación, nunca para repudiar. Y si el heredero manifestó que aceptaba á beneficio de inventario, este inventario ha de pedirse también en los mismos diez ó treinta días. Pasados los plazos, se pierde el beneficio, como se perdió antes el derecho á la renuncia, y la aceptación se entiende pura y simple.

No vemos posible otra interpretación.

Del mismo modo ha de interpretarse el art. 1015 en los otros extremos que comprende, y que en él parecen equiparados al que queda expuesto.

No ha instado en juicio ningún tercer interesado y el heredero manifiesta que acepta la sucesión. Si aceptó puramente, no hay cuestión. Mas si se limitó á aceptar sin manifestar cómo, puede en el término de diez ó treinta días utilizar el beneficio de inventario para deliberar, no sobre si acepta ó renuncia, sino sobre si acepta puramente ó con dicho beneficio.

Y si el sucesor gestiona como heredero, esto es, si realiza actos de heredero, actos de administración definitiva, no de administración provisional, á no tomar en éstos el título ó la cualidad de heredero, en suma, actos que envuelvan aceptación á tenor de lo expuesto en el comentario del art. 999, la ley supone la aceptación desde luego, imposibilitando la renuncia; mas no impone por ello la aceptación pura y simple, sino que permite aún aceptar á beneficio de inventario, ó pedir el derecho de deliberar en los límites antes expuestos, si tales beneficios se solicitan en tiempo oportuno, dentro de los diez ó treinta días siguientes al en que se hubiese gestionado como heredero.

Para comprender, pues, el precepto del art. 1015, hay que desvanecer previamente dos prejuicios, que son los que originan alguna confusión.

Es uno de ellos el de creer que el derecho de deliberar faculta siempre para aceptar ó para renunciar, como dice el art. 1010.

No hay tal cosa: extinguido el derecho de renuncia, por suponerse desde luego aceptación, cabe aún deliberar sobre si ha de aceptarse puramente la herencia ó á beneficio de inventario.

Es el otro prejuicio el de suponer que puesto que sólo la aceptación *pura* puede ser tácita, con arreglo al art. 999, los actos ó hechos de que se deduce la aceptación envuelven siempre una aceptación pura y simple. Si así fuese, no cabría después derecho de deliberar, ni beneficio de inventario. No hay tal: la aceptación, á la inversa de la renuncia, puede resultar de hechos que suponen necesariamente la voluntad de ser heredero; mas para que esa aceptación se entienda pura y simple, sin necesidad de documento ni de formalidad alguna en que conste una manifestación expresa, es indispensable que el sucesor aceptante deje además transcurrir los plazos á que el art. 1015, en su relación con el 1014, se refiere, sin pedir la formación de inventario para aceptar con este beneficio, ó para deliberar sobre el modo en que le conviene verificar la aceptación. Por último, si el art. 1015 parece contener contradicción, es porque se refiere en su primera parte á una situación distinta de la que se prevé en sus últimas palabras. Para que el plazo se cuente desde la expiración del término concedido por el juez á instancia de tercero, es preciso que el sucesor no tenga en su poder los bienes de la herencia, ni haya gestionado como heredero. Si practicó gestiones con tal carácter, el plazo se cuenta desde la gestión.

C. *Artículo 1016.*—Si los bienes no están en poder de la persona llamada á suceder (caso del art. 1014) y si esa persona no ha practicado gestión alguna como heredero demostrando con ello su voluntad de aceptar, ni un tercer interesado ha instado en juicio para que el heredero acepte ó renuncie (casos del artículo 1015), puede dicho heredero aceptar á beneficio de inventario, ó utilizar con toda amplitud el derecho de deliberar en cualquier tiempo, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia, ó mientras no se presente demanda alguna contra el heredero. Es claro que esta demanda, dados los términos del artículo 1016, no puede ser la á que se refiere el 1005.

Cualquier demanda, en efecto, altera la tranquilidad en que el art. 1016 supone al heredero. Mientras él en nada se mezcle, mientras permanezca alejado de los asuntos hereditarios, mientras nadie le precise á manifestar su voluntad, ni nadie le reclame como heredero, conserva su libertad de aceptar un derecho que le ha sido transmitido, y que no pierde, aunque no lo ejercite, sino en virtud de la prescripción. La renuncia sólo se presume mediante el abandono continuado en que la prescripción se funda. Al demandarse al llamado á suceder en concepto de heredero, éste ha de salir de su inacción, y además se demuestra que hay terceros á quienes interesa conocer la decisión, ó á quienes afecta la renuncia ó la aceptación. Si se excepciona que no se ha aceptado, y en efecto es así, se pedirá el señalamiento de un plazo para decidirse, con lo que se viene al art. 1005. Puede permanecer el sucesor en situación pasiva y ser declarado rebelde, mas entonces recaerá sentencia, en que ó se le condenará como heredero, ó se le exigirá que acepte ó renuncie.

Con arreglo al art. 1052 de la ley de Enjuiciamiento civil, no obsta el juicio de testamentaría para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar ó el beneficio de inventario. Promovido este juicio por el heredero mismo, al tiempo de promoverlo, manifestará que acepta á beneficio de inventario, ó pedirá el término legal para deliberar. Promovido por un tercero, y debiendo ser parte en él el sucesor de que se trate, se le obliga á que adopte una resolución.

Concordancias.—Los arts. 1014 al 1016 de nuestro Código, tienen bastante relación con lo que establecen los 959 y 962 del Código de Italia, 2044 y 2045 del de Portugal, y 795 y otros de los de Francia y Bélgica.

Como preceptos también concordantes en los Códigos hispano-americanos, Argentina (art. 3400) concede al heredero el plazo de tres meses para hacer inventario, contados desde la apertura de la sucesión ó desde que supo que la sucesión se le defería, y treinta días para deliberar sobre la aceptación y repudiación.

Respecto á las peculiares disposiciones de los artículos 1014 al 1016 de nuestro Código, tanto el Código de la República Argentina, como el de Bolivia no contiene concordancia directa.

Con arreglo á los arts. 1222 al 1224 y 1240 del Código de Chile, desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella ó se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello y hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes hereditarios, excluyéndose sólo los muebles domésticos de uso cuotidiano, respecto á los cuales sólo se formará una lista, sin proceder á su guarda y sello. Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia ó una cuota de ella, ni hubiere albacea á quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes aceptándose el encargo, el juez, á instancia del cónyuge sobreviviente, ó de cualquiera de los parientes ó dependientes del difunto, ó de otra persona interesada en ello, *ó de oficio*, declarará yacente la herencia, y procederá al nombramiento de un curador de dicha herencia. Todo heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario, mientras no haya hecho acto de heredero (art. 1252).

Iguales reglas establecen los arts. 1212 al 1214, 1230 y 1242 del Código del Ecuador, 1279 al 1281, 1297 y 1309 del de Colombia y 1116 al 1164, 1180 y 1190 del de El Salvador.

El art. 859 del Código de Guatemala previene que, una vez aceptada la herencia, el heredero procederá á la formación de inventarios, si no estuviesen hechos por el juez, comenzando dentro de treinta días, y no verificándolo así, no gozará del beneficio de inventario, término que se entiende prorrogado á razón de un día por cada cinco leguas de distancia.

El del Perú, concordante por lo general con el anterior, se aparta en este particular de él, y determina que *dentro* de los términos señalados para la aceptación, expuestos ya en anteriores concordancias, deben hacerse y estar concluídos los inventarios. Si no se principiaron ó principiados no se concluyeron, no goza el heredero del beneficio de inventario (art. 761).

Honduras sigue literalmente en sus arts. 1037 al 1039, las disposiciones de nuestro Código.

El Código de Méjico al determinar las reglas del inventario y de la liquidación de la herencia, expresa en los arts. 3771 y 3772, que el albacea definitivo dentro de quince días, contados desde que supiese su nombramiento, promoverá la formación de inventario, pero en el caso de que éste no cumpliese con su deber, podrá promover la formación de inventario cualquier heredero, el cual se considerará asociado al albacea, quien no podrá ejecutar sin consentimiento de aquél ningún acto de administración. Caso de desacuerdo, se recurrirá al juez para que resuelva.

Uruguay (1056) da mayor latitud á los términos para utilizar este beneficio. El heredero, según este Código, tiene para formalizar el inventario, noventa días, contados desde que manifestó su intención de aprovechar el beneficio de inventario. Si por la situación de los bienes ó por ser éstos muy cuantiosos pareciesen insuficientes los noventa días, podrá el Juzgado conceder un nuevo plazo que nunca excederá de otros noventa días. No concluyéndose el inventario en el plazo prefijado por la ley ó prorrogado por el Juez, se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente.

Para terminar la larga enumeración de tan importante materia, el Código de los Estados Unidos de Venezuela, íntimamente relacionado con el español, acuerda que el heredero que se halla en posesión real de la herencia debe hacer el inventario dentro de los tres meses á contar desde la apertura de la sucesión, ó desde que sepa que se le ha deferido. Si ha principiado el inventario y no lo puede terminar en este plazo, podrá *recurrir* al Juez de primera instancia del lugar en que se ha abierto la sucesión para obtener una prórroga, que no excederá de otros tres meses, á menos que graves circunstancias particulares hagan necesaria otra mayor (art. 932) pero si el heredero no está en posesión real de la herencia, ni se ha mezclado en ella, y se hubiere intentado contra él alguna acción, los pla-

zos establecidos anteriormente para hacer el inventario y para deliberar (cuarenta días) no comenzarán á correr sino desde el día que se fije por la autoridad judicial (art. 935).

ARTÍCULO 1017

El inventario se principiará dentro de los treinta días siguientes á la citación de los acreedores y legatarios, y concluirá dentro de otros sesenta.

Si por hallarse los bienes á larga distancia, ó ser muy cuantiosos, ó por otra causa justa, parecieren insuficientes dichos sesenta días, podrá el Juez prorrogar este término por el tiempo que estime necesario, sin que pueda exceder de un año.

ARTÍCULO 1018

Si por culpa ó negligencia del heredero no se principiare ó no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.

ARTÍCULO 1019

El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días, contados desde el siguiente al en que se hubiese concluído el inventario, si acepta ó repudia la herencia.

Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente.

PRECEDENTES.—Ley 5.ª, título 6.º, Partida 6.ª: «Inuentario en latín, tanto quiere dezir en romance como escritura que es fecha de los bienes del finado. E facen los herederos tal escritura como ésta, porque despues no sean tenudos de pagar las deb-

das de aquel que heredaron, fueras ende en tanta quantía, quanto montaren los bienes que heredaron del finado. E deuen començar á fazer este inuentario á treynta dias desque sopieren que son herederos del finado, é hanlo acabar fasta tres meses. Pero si todos los bienes de la herencia non fuessen en vn lugar, estonce bien les pueden dar plazo de vn año, demás de los tres meses, para reconocerlos é meterlos en escrito. E la manera de como deue ser fecha la escritura de tal inuentario es esta: que se deue escreuir por mano de algund escriuano público, é deuen ser llamados todos aquellos á quien mandó el testador alguna cosa en su testamento, que esten presentes quando fizieren tal escrito»; y en su defecto, ante tres testigos.

La ley 10.ª del mismo título y Partida, previene que «si el heredero, de que ouiere entrado la heredad del testador, non fiziere el inuentario fasta aquel tiempo dicho», será considerado como heredero puro y simple.

Por último, la ley 2.ª del mismo título, establece que el Rey puede conceder á los herederos un año para deliberar, y la autoridad judicial nueve meses, plazo que puede reducirse á cien días cuando así se crea suficiente.

Comentario.—El heredero, en virtud de los artículos 1014 al 1016, y dentro de los términos que procedan según los casos, ha manifestado que quiere utilizar el derecho de deliberar, ya en absoluto, ya solamente con relación al modo en que debe entenderse la aceptación; ha pedido la formación de inventario, y ha solicitado que al efecto se cite á los acreedores y legatarios, para que acudan, si quieren, á presenciarlo.

El juez, ante quien se formulen las manifestaciones y peticiones, al dar por presentado el escrito, y una vez admitido, ordenará la práctica judicial del inventario, y dispondrá la citación de los legatarios, de los acreedores y de los herederos, sin que puedan mediar más de treinta días desde la citación hasta la práctica de las primeras diligencias.

La citación se llevará á efecto en la forma marcada por la ley de Enjuiciamiento civil, á cuyo efecto el mismo heredero de-

signará los nombres de las personas que deben citarse y su domicilio si fuere conocido, á fin de que se les haga la citación personalmente ó por medio de edictos, según los casos.

Con ó sin asistencia de las personas citadas, según que se presenten ó no oportunamente, se empezará el inventario el día designado y se continuará hasta su terminación, con intervención del escribano á quien haya correspondido en turno, y representando á los ausentes el Ministerio fiscal.

El inventario debe comprender el activo y el pasivo de la sucesión. El activo contendrá la descripción de los bienes de la herencia, pudiendo hacerse por el orden marcado en el art. 1066 de la ley de Enjuiciamiento civil, que es el siguiente: 1.° Metálico. 2.° Efectos públicos. 3.° Alhajas. 4.° Semovientes. 5.° Frutos. 6.° Muebles. 7.° Inmuebles. 8.° Derechos y acciones.

Además, con igual precisión, como dispone el art. 1067 de dicha ley, deben figurar en el inventario las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren.

El art. 1254 del Código de Chile prevé el caso siguiente: «Si el difunto ha tenido parte en una sociedad, y por una cláusula del contrato ha estipulado que la Sociedad continúe con sus herederos después de su muerte, no por eso en el inventario que haya de hacerse dejarán de ser comprendidos los bienes sociales; sin perjuicio de que los asociados sigan administrándolos hasta la expiración de la sociedad, y sin que por ello se les exija caución alguna.»

El pasivo comprenderá las deudas y cargas que deban deducirse del caudal hereditario, conforme al art. 818.

Véase también cuanto con relación al inventario quedó expuesto al comentar el art. 1013.

Cuando se juzgue desde luego imposible terminar el inventario en sesenta días, en el primer escrito podrá pedirse la ampliación de este término. Si se notase después la insuficiencia del término, se solicitará su prórroga antes de que expire. En ambos casos se alegarán las justas causas que existan, y el juez, apreciándolos después de dar audiencia á los interesados, otor-

gará, si lo cree procedente, la prórroga que estime necesaria, sin que en caso alguno pueda exceder de un año.

Concluído el inventario, el heredero que se reservó el derecho de deliberar, aun tiene, con arreglo al art. 1019, treinta días para decidir si renuncia ó si acepta, ó para resolver la forma de su aceptación, sin poder renunciar en el caso del artículo 1015.

El inventario practicado á instancia de un heredero aprovecha á otros que después pretendan utilizar el mismo beneficio, como veremos al comentar el art. 1022.

La herencia se entiende aceptada pura y simplemente, según los arts. 1018 y 1019, en los casos siguientes:

Primero. Cuando el inventario no se hace judicialmente y con citación de los acreedores y legatarios, por culpa ó negligencia del heredero.

Segundo. Cuando mediando esa misma culpa ó negligencia no se pidió su formación en los plazos marcados en los arts. 1014 al 1016, y no puede, por tanto, empezarse oportunamente.

Tercero. Cuando á pesar de haberse pedido no se empieza ó no se termina el inventario en los términos establecidos en el artículo 1017, por culpa del sucesor.

Cuarto. Cuando terminado el inventario y habiéndose reservado el heredero el derecho de deliberar, no manifiesta al juez su voluntad dentro de treinta días á contar desde el siguiente al en que dicho inventario se concluyó, á no justificar la imposibilidad en que estuvo de hacer tal manifestación.

Quinto. Cuando habiendo manifestado el heredero que acepta la sucesión á beneficio de inventario, y hallándose en alguno de los casos previstos en los arts. 1014 y 1015, no precede á su manifestación, ó no sigue á ella dentro de los plazos legales un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la sucesión, siempre que medie culpa ó negligencia por parte del heredero. (Artículos 1013 en relación con el 1018).

Entendemos, por tanto, que el precepto del art. 1018 es aplicable al caso previsto en el 1013, pero sólo en cuanto sea po-

sible por hallarse el heredero en alguna de las situaciones especiales que preven los arts. 1014 y 1015. Si ese heredero, que manifestó aceptar á beneficio de inventario, tiene en su poder los bienes de la herencia, ó gestionó como heredero, ó fué demandado por algún legatario ó acreedor, será considerado como aceptante puro y simple, si no pide la formación de inventario en los diez ó treinta días que al efecto marcan dichos artículos Mas si no media ninguna de esas circunstancias, no pierde su derecho, ni mucho menos se le impone la aceptación pura, puesto que su manifestación no produce efecto alguno con arreglo al artículo 1013, y el plazo no existe en virtud de 1016, pudiendo llenar el requisito del inventario mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.

Exige la ley que haya en el heredero culpa ó negligencia. Hay culpa ó negligencia siempre que no se cumplan los preceptos legales sin causa legítima que lo impida. La culpa no debe presumirse; mas si la causa que se alegue fuese contradicha, deberá probarse por el heredero.

Si no interviene culpa ó negligencia del heredero, se deduce que no pierde el beneficio de inventario ó el derecho de deliberar, justificándose, caso necesario, el motivo que impidió gestionar ú obrar dentro de los términos legales, é instando inmediatamente después la formación ó la continuación del inventario.

En todo caso, una vez aceptada la herencia y pedido dicho inventario, ya no se puede renunciar, aunque se justifique que sin culpa ó negligencia del heredero, el inventario no se principió ó no se terminó en los plazos legales.

Muerto el heredero antes de expirar alguno de estos plazos, sus herederos deberán continuar la gestión como sucesores en sus obligaciones; pero á contar desde que acepten la herencia de su respectivo antecesor, como dijimos al comentar el artículo 1014.

También nos referimos al comentario de los arts. 1014 al 1016, en cuanto á la relación de esta materia con herederos incapacitados ó personas morales.

Concordancias.—Concuerdan los arts. 1017 al 1019 con los 959 al 961 del Código de Italia, 795 y 798 del Código francés, y 2049 al 2051 del de Portugal. El Código francés concede tres meses para hacer el inventario, y cuarenta días más para deliberar, cuyos plazos se aceptan en el Código de Italia, y pueden prorrogarse.

En las concordancias de los artículos anteriores ya expusimos las generales á los Códigos hispano-americanos; haremos, pues, en este momento una brevísima enumeración de las principales disposiciones acerca de la materia.

Argentina exige (art. 3404) que el inventario se haga ante escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubiesen presentado. Los plazos (art. 3400) son de tres meses, y treinta días para deliberar, término éste que corre desde la expiración del plazo anterior. Los jueces pueden conceder las prórrogas que consideren indispensables con los mismos efectos que los términos designados por la ley (art. 3402).

Bolivia señala (art. 559) el plazo de treinta días desde que se sabe estar abierta la sucesión, y acabará dentro de tres meses. Cuando los asuntos de la testamentaría sean muy graves ó los bienes se hallasen en lugares diferentes y distantes, el juez prorrogará el término según las circunstancias.

Chile (art. 1255), Colombia (art. 1312), Ecuador (art. 1245) y Salvador (art. 1194), reconocen derecho de asistir al inventario el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios ó abintestato, el cónyuge, sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Las personas antedichas podrán ser representadas por otras que exhiban escritura pública ó privada en que se les cometa este encargo, cuando no lo fuesen por sus maridos, tutores, curadores ó cualesquiera otros legítimos representantes. Todas estas personas tendrán derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto.

Guatemala (art. 859) y Perú (art. 761), exige que el here-

dero proceda á la *facción* de inventario, si no estuvieren hechos por el juez dentro de los treinta días, y concluyendo dentro de noventa, inclusive en ellos el primer plazo, término que se puede prorrogar á razón de un día por cada cinco leguas de distancia. Caso de que no lo verifique, no goza el heredero del beneficio de inventario.

Honduras reproduce literalmente nuestros arts. 1017 á 1019 (arts. 1040 y 1042).

Méjico, respecto á la formación de inventario, dispone en su art. 3773 que éste se formará según disponga el Código de Procedimientos, sin que, como es sabido, contenga concordancia alguna en los demás particulares estudiados con nuestro Código.

Uruguay concede al heredero noventa días para formalizar el inventario, prorrogables en caso justificado por otros noventa más. No concluyéndose el inventario en los plazos prefijados anteriormente, se entiende aceptada la herencia pura y simplemente (art. 1056). Concluído el inventario tiene el heredero un plazo de cuarenta días para deliberar, transcurridos los cuales se considera aceptada la herencia á beneficio de inventario. Si declara que la repudia, ó que la acepta pura y simplemente ó con beneficio de inventario, se estará á su voluntad (art. 1061). Las reglas del inventario se someten á las formas determinadas en las leyes de procedimiento.

Venezuela concede los mismos plazos y bajo las mismas condiciones que el Código del Uruguay, tanto para formar el inventario, como para deliberar (arts. 932 á 934), á menos que contra el heredero se hubiere ejercitado alguna acción, ni posea la herencia, ni se hubiere mezclado en ella, en cuyos casos los plazos para el inventario y para deliberar no comenzarán á correr sino desde el día que se fije por la autoridad judicial (art. 935).

ARTÍCULO 1020

En todo caso el Juez podrá proveer, á instancia de parte interesada, durante la formación del inventario

y hasta la aceptación de la herencia, á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescriba para el juicio de testamentaría en la ley de Enjuiciamiento civil.

El Código abandona el tema del inventario, al que vuelve después en los arts. 1021, 1022 y 1024 para dictar una regla general sobre la administración de la herencia, que después encuentra su desenvolvimiento en los arts. 1026 al 1032.

Hasta que se acepta la herencia no hay herederos. Sin embargo, los bienes han de conservarse y administrarse, y alguien ha de representar la sucesión en el tiempo que media desde la muerte del causante hasta aquella aceptación. A esta necesidad obedece el precepto del art. 1020.

Cuando el heredero ha aceptado pura y simplemente, él es el dueño de los bienes y no se necesita un administrador especial. Si hay varios herederos, se pondrán de acuerdo sobre tan importante extremo hasta que cese entre ellos la indivisión.

Cuando el inventario se pide para formar juicio y deliberar sobre la aceptación ó renuncia, la herencia se reputa yacente, y el art. 1020 es, desde luego, aplicable.

Cuando el heredero acepta á beneficio de inventario, sea antes ó después de formarse el inventario, puesto que el juez sólo provee á la administración y custodia de los bienes hereditarios *hasta la aceptación*, debemos deducir que ese cuidado ya no incumbe, ni aun á instancia de parte, á la autoridad judicial, sino á los herederos. No obstante, el Código, en el art. 1026, dispone que, en el caso de haberse aceptado la herencia á beneficio de inventario, debe entenderse que se halla en administración hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios. Entre ambos preceptos no hay contradicción: el art. 1026 afirma que los herederos beneficiarios no pueden considerarse dueños de nada, hasta cumplir las cargas de la sucesión; mas no exige que el administrador haya sido nombrado judicialmente en virtud del art. 1020. En cambio, éste encomienda al juez que

provea á la custodia y administración de los bienes, á instancia de parte, hasta el momento de la aceptación; mas no pretende que al aceptarse á beneficio de inventario la herencia, haya de cesar el estado de administración por personas nombradas por los herederos ó por el juez, según las circunstancias. (Véase el comentario del art. 1026.)

Yacente, pues, la herencia mientras se forma el inventario, y hasta tanto que se acepta, toca al juez proveer, á instancia de parte, á la administración del caudal.

Parte interesada deben estimarse desde luego los herederos ó personas llamadas á la sucesión, los acreedores y los legatarios justificando su interés, y, por tanto, su derecho.

Pero el precepto, por su naturaleza y espíritu, que es el procurar la buena conservación de los bienes, requiere ser interpretado con amplitud. Parte interesada es toda persona á quien interese que los bienes se cuiden y administren bien en la interina situación que se crea, para que nada desaparezca ni sufra deterioro ó disminución. En tal sentido debemos considerar también interesados, al sustituto del heredero, al que es llamado á suceder en caso de renuncia del instituído ó designado por la ley, al albacea legalmente autorizado en el art. 902 para la custodia de los bienes, y hasta en caso de haber herederos forzosos, á los donatarios cuyos derechos corran peligro de ser reducidos ó anulados por consecuencia de una desacertada gestión.

El juez apreciará el interés de la persona que reclame, y si procede ó no aplicar el precepto del art. 1020, y proveerá á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescribe para el juicio de testamentaría en la ley de Enjuiciamiento civil.

Hemos de acudir, por tanto, á dicha ley, para ver lo que en ella se prescribe.

Desde luego se trata de diligencias á instancia de parte, por lo que debemos prescindir de los artículos 966 al 968, dictados para la prevención del abintestato, y considerar aplicables los 1068 y 1069, en relación con el 1007, el 1009 y segundo párrafo

del 968. En esencia, las disposiciones son idénticas, pero aunque no lo fuesen, no puede decirse que contravenimos el artículo 1097, porque éste se refiere al modo de ejercer la administración, previsto detalladamente en el juicio de abintestato, no al nombramiento de administrador, respecto al cual se legisla especialmente al tratar del juicio de testamentaría en los citados artículos.

Véanse los artículos citados de la ley de Enjuiciamiento civil, los comentarios á los mismos por el autor de los presentes, y el estudio especial de los arts. 1026 al 1032 del Código.

***

¿Será aplicable el art. 1020 del Código civil, siempre que no esté aceptada la herencia, aunque no se haya pedido ni se esté practicando el inventario?

Veamos los casos que pueden ocurrir, para deducir si en alguno de ellos puede ser necesario pedir judicialmente que se provea á la administración y representación de la herencia.

No hay cuestión, como queda dicho, cuando la sucesión ha sido aceptada, aunque sea á beneficio de inventario. Los herederos son los administradores legales.

Tampoco hay dificultad cuando el testador ha nombrado un administrador especial, ó ha conferido al albacea facultades amplias al efecto. El art. 1020 no puede, indudablemente, tener aplicación. La ley sólo provee para el caso en que el finado no haya previsto la situación, ni dispuesto lo que debe hacerse en lo relativo á la administración.

Pero el testador nada dispuso; los herederos no han aceptado expresa ni tácitamente, puramente, ni á beneficio de inventario.

El primer derecho de todo interesado es el del art. 1005; promover una resolución, una determinación que haga cesar toda incertidumbre.

Pero el interesado no sabe quiénes son los herederos, ó los

que son conocidos renuncian, ó se trata de incapacitados cuyos representantes nada resuelven. ¿Qué sucederá?

La existencia de un albacea testamentario nada resuelve. El artículo 902, en su núm. 4.º, le faculta, con intervención de los herederos, para tomar las precauciones necesarias á la conservación y custodia de los bienes, pero no para administrar en debida forma, y representar la herencia, ni para proceder por sí solo.

La ley de Enjuiciamiento civil prevé varios casos al ocuparse de los juicios de abintestato y de testamentaría.

Según su art. 966, si resultare de las diligencias practicadas de oficio por el Juez que una persona ha fallecido sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes, cónyuge ni colaterales dentro del cuarto grado, deberá ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto, é inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará también de su administración; añadiendo el 968 que si se encontrare metálico, efectos públicos ó alhajas, deben depositarse en el establecimiento público destinado al efecto.

Según el art. 1041 de la misma ley, será necesario el juicio de testamentaría:

1.º Cuando todos ó alguno de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2.º Cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.

En este caso, y salvo que el testador haya prohibido expresamente la intervención judicial, nombrando persona que extrajudicialmente practique todas las operaciones testamentarias, los inventarios, según el art. 1095 de dicha ley, se formarán judicialmente, los bienes se constituirán siempre en depósito, y se nombrará administrador con fianza bastante, sin que hasta que estén adoptadas estas medidas pueda cesar la intervención judicial.

Sobre esto sólo debemos añadir que, aunque los menores no

estén representados por sus padres, no juzgamos necesario el juicio de testamentaría, cuando tienen ya nombrado tutor, protutor y consejo de familia, ya que la protección de este consejo sustituye hoy á la del Juzgado; y que con relación á los ausentes, aparte de poderse utilizar contra ellos, por regla general, el recurso del art. 1005 del Código, puesto que la ley de Enjuiciamiento se refiere en general al que no está presente, ignórese ó no su paradero, las disposiciones de dicha ley se completan con las del Código civil sobre la ausencia.

Por último, el art. 1038 de la citada ley faculta para pedir el juicio voluntario de testamentaría al cónyuge, á los herederos, á los legatarios de parte alícuota y á los acreedores que presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito.

Ahora bien: si por renuncia de los herederos llamados en primer término á la sucesión son desconocidos aquellos á quienes debe pasar su derecho; si los representantes legítimos de los menores ó incapacitados dejan transcurrir el plazo marcado por el juez en el art. 1005, y se pretende que no quedan obligados á la aceptación; si el llamado á la sucesión murió sin resolver, y sus herederos demoran la aceptación de su herencia, quedando entretanto abandonada y yacente la que fué deferida á su causante, en todos estos casos y otros análogos que pueden ocurrir, y produzcan el efecto de dejar abandonados los bienes, ó en peligro por razón de las personas que los tengan en su poder á título de administración definitiva ó provisional, sin necesidad de entablar el juicio voluntario de testamentaría, ó no pudiendo intentarlo, ¿no podrán al menos los interesados pedir que se nombre un administrador que legalmente y con las debidas garantías cuide el caudal y represente la herencia, que ni debe hallarse en esa anómala situación, ni carecer nunca de representante?

Creemos que sí: que es un deber de la sociedad velar por los intereses de una herencia abandonada más ó menos transitoriamente, y un derecho en los interesados evitar que se les irroguen innecesarios perjuicios. Enterada la autoridad judicial,

debe proveer *en todo caso* á la administración y custodia de los bienes hereditarios, siempre que el causante no haya provisto á esta necesidad, y los herederos no hayan aceptado la sucesión.

El art. 1020 se refiere especialmente al caso en que se esté formando el inventario; pero en su espíritu atiende á una necesidad, la de que en la interina y anormal situación que se crea por no haber aún herederos aceptantes, alguien atienda á los bienes, los cuide, los conserve y represente á la sucesión. Siempre que esa necesidad exista, el precepto del artículo 1020 es aplicable por analogía. En ese criterio se inspiran también las citadas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil. Al tratar de los legatarios y de los albaceas hemos defendido la misma solución.

El art. 1026 prueba lo mismo: la administración subsiste aun después de terminado el inventario y de aceptar con este beneficio. En tal caso, esta aceptación justifica el precepto; mas siempre prueba que no es lo esencial que se esté formando el inventario, y que el art. 1020 provee á una necesidad más general.

Concordancias.—El precepto que más fielmente concuerda con el de nuestro art. 1020, es el del 2052 del Código de Portugal.

En Francia, Bélgica é Italia se contienen preceptos especiales; pero sólo con relación á las herencias vacantes, ó á las yacentes por no conocerse los herederos ó renunciarse á la sucesión.

Bolivia establece que, mientras se está formando el inventario, ó mientras transcurran los términos, si algunos bienes se hallan expuestos á perecer, cualquiera que se crea con derecho á la sucesión, puede recurrir al Juez para su venta, sin que por esto se crea aceptada la herencia (art. 560).

El de Guatemala, en su art. 858, previene que, en los casos de abintestato ó en los de ausencia, fuera de la República, del heredero ó herederos conocidos, el Juez, de oficio, y tan luego tuviese conocimiento de haber muerto intestada alguna persona

ó de hallarse ausente el heredero, procederá al inventario y depósito provisional de los bienes.

Honduras copia en su art, 1143, los preceptos del 1020 del Código español. Los demás Códigos hispano-americanos, no contienen concordancia especial directa.

ARTÍCULO 1021

El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

Este precepto es nuevo en nuestro derecho.

La persona que se halle en posesión de una herencia puede ser un mero detentador sin título, y puede poseer en la creencia más ó menos fundada de ser heredero.

En ambos casos al poseer por más de un año, no puede ser vencida esa persona en la cuestión de posesión (art. 460). El heredero real con arreglo á la ley ó al testamento, ó el que llegue á ostentar en definitiva ese título, por haber sido instituído en un acto posterior de última voluntad, ó haber obtenido la nulidad del testamento ó de la institución, por cumplirse la condición resolutoria, ó no cumplirse la suspensiva, haber expirado el plazo, etc., ha de entablar contra el poseedor la acción de petición de herencia, á la que nos hemos referido al comentar los artículos 988 y 989.

El heredero puede vencer judicialmente al poseedor, pero aun venciendo, no sería justo que se le hiciera responsable de bienes ó derechos que pertenecieron á la herencia, pero que han desaparecido ó no ha sido posible recobrar; cosa fácil dada la situación en que han estado esos bienes. La herencia para ese heredero está representada por los bienes que le ha-

yan sido entregados y nada más, se hiciese ó no se hiciese antes inventario.

Como esos bienes que se le entregan han de constar por los resultados del juicio de un modo fehaciente, el art. 1021 con razón exime al heredero de la obligación de formar inventario.

Mas, ¿quiere esto decir que cuando el heredero reclama una herencia en el caso del art. 1021 y vence en juicio, ha de aceptar forzosamente á beneficio de inventario, como afirma un autor? Las últimas palabras del artículo—«si venciere en juicio, sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados» —, han dado lugar al error. Pero obsérvese que el precepto se aplica al caso en que el heredero quiera gozar del beneficio de inventario. No sería racional otra interpretación. El heredero es siempre libre para aceptar puramente la herencia; si es su deseo aceptarla con beneficio de inventario, la ley le dispensa de la obligación de formar inventario, por juzgar que no hace falta esa formalidad. Este es, á nuestro juicio, el verdadero alcance del precepto.

¿Tendrá ese heredero derecho de deliberar? Creemos que no. La acción de petición de herencia revela por lo menos aceptación. Es bastante no imponer la aceptación pura, y relevarle de la obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio.

Si el poseedor retenía los bienes por distinto título del de herencia del mismo causante, no bastará que el heredero justifique su derecho á la sucesión, y tendrá que probar el dominio que sobre esos bienes correspondía á su antecesor. Este caso será más bien aplicable á determinadas cosas de la herencia, que no siempre estarán en manos de un solo poseedor, y exigirá una serie de acciones contra una ó más personas, transmitidas con la sucesión, que revelan necesariamente la voluntad de aceptar.

Concordancias.—En ninguno de los Códigos europeos y americanos que conocemos, excepción del de Honduras, en cuyo artículo 1144 se reproduce literalmente el 1021 del Código español,

ni en las reglas relativas á la petición de herencia y demás acciones del heredero de los cuerpos legales de Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador, existe precepto concordante alguno con el texto, asunto de este comentario.

ARTÍCULO 1022

El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, aprovechará á los sustitutos y á los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el art. 1019, se contarán desde el siguiente al en que tuvieren conocimiento de la repudiación.

El criterio de la ley se muestra claro en este artículo, como en el anterior. El inventario especial para el heredero que acepta con ese beneficio ó quiere deliberar, sólo se exige cuando es preciso. No lo es en el caso del art. 1021, como hemos visto. Tampoco lo es en el de este artículo, porque ya existe un hecho con todas las formalidades debidas, y á nada conduciría más que á producir gastos y dilaciones inútiles su duplicidad ó repetición.

En todos los casos análogos la regla ha de ser la misma. Por eso dijimos, que siendo varios los herederos, y formado ya el inventario á instancia de uno de ellos, aprovecha á los que después quieran y puedan utilizar ese beneficio.

Como el inventario ya está formalizado, hay que prescindir de los plazos legales para pedir su formación, para principiarle y para concluirlo. El heredero acepta, renuncia ó delibera; para ello tiene treinta días, los marcados en el art. 1019, pero á contar desde el día siguiente al en que los sustitutos ó personas á quienes corresponda la porción vacante tuvieren conocimiento de la repudiación, ó desde que se pidió al juez el derecho de deliberar, si no hubo renuncia y se trata de otros herederos que aun no habían manifestado su voluntad.

La ley no se refiere al derecho de acrecer, porque procediendo éste, cada coheredero, al aceptar ó renunciar su porción, acepta ó renuncia la que pueda corresponderle por acrecimiento.

El art. 1022 no impone una obligación: concede un beneficio, y por esto, para que se comprenda bien su espíritu, diremos:

1.º Que si el nuevo heredero, por razón del largo tiempo transcurrido desde que se formalizó el inventario, ó por otra circunstancia atendible, duda de la exactitud ó fidelidad de aquél, puede pedir, dentro de los plazos legales, que se practique nuevo inventario ó se rectifique el que ya se practicó.

2.º Que lo dispuesto en este artículo, como en el 1021, es bajo la base de que el nuevo heredero quiera gozar del beneficio de inventario ó del derecho de deliberar, pues nadie le impide renunciar desde luego, ó aceptar pura y simplemente, en cuyos casos no necesita el inventario, ni le concierne directamente el artículo.

La fecha del conocimiento de la repudiación es un hecho que deberá probarse en el caso de que la afirmación del heredero, en cuanto á él, sea por algún interesado contradicha.

El inventario que hubiese practicado, por ejemplo, el albacea, sólo servirá para deliberar ó para aceptar á beneficio de inventario, cuando se haya hecho con las formalidades prevenidas en los arts. 1014 y 1017. Véase el art. 1019, en cuanto á los efectos de dejar transcurrir el plazo.

Concordancias.—Concuerda nuestro art. 1022 con el 2062 del Código civil portugués.

En ninguno de los Códigos hispano-americanos se halla establecido precepto alguno que directamente concuerde con el artículo citado de nuestro Código. Solamente el de Honduras le transcribe literalmente en el art. 1145.

ARTÍCULO 1023

El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia.

La ley 7.ª, tít. 6.º, Partida 6.ª, después de prohibir que durante la formación del inventario pudiese ningún acreedor ni interesado alguno mover pleito al heredero, añade: «E otra fuerça há aun el inventario: que despues que es acabado, non es tenudo el heredero de responder á los que han de rescibir las debdas en los bienes del finado, nin á los que mandase el testador alguna cosa en su testamento, si non quanto montaren los bienes é la heredad, que fueren escritos en el inuentario.»

Este es el efecto general del beneficio que concede la ley, y así lo establece el art. 1023. Aunque éste habla sólo del beneficio de inventario, como en otros artículos, y no de aceptación, es indudable que mientras no se acepte, el inventario sólo da derecho á deliberar, y la deliberación puede conducir á la aceptación pura ó á la renuncia, sin que en ninguno de estos casos pueda estimarse aplicable el art. 1023. Este se refiere, pues, á los efectos de la *aceptación* á beneficio de inventario.

Estos efectos son muy distintos á los de la aceptación pura y simple, como se observa comparando los arts. 1003 y 1023. Confusión de personalidades y confusión de patrimonios en la aceptación pura; separación de patrimonios y de personalidades en la aceptación beneficiaria.

Esto no quiere decir que el heredero beneficiario no represente al difunto. Es desde luego un sucesor por causa de muerte y á título universal; sucede en todos los bienes y derechos; sucede también en todas las obligaciones, pero sin confundir su personalidad y sin confundir su patrimonio. Cumple las cargas

de la sucesión, pero como es justo y razonable, con los derechos de esa misma sucesión; no agrega sus propios bienes á los de difunto; no deja de ser legitimario, legatario, donatario, acreedor ni deudor; debe lo que debía, cobra lo que le corresponda cobrar, sin privilegios ni en su favor ni en su perjuicio; pero ejercita las acciones que al difunto pudieran corresponder, y cumplidas las cargas, queda como propietario del remanente que pueda existir.

Veamos detalladamente los efectos que á la aceptación beneficiaria asigna el art. 1023, y las consecuencias que de ellos resultan.

I. *El heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.*—Aunque expuesto el principio en forma negativa, parte de la base de que el heredero ha de cumplir en lo posible todas las obligaciones del causante.

Los bienes de la herencia representan todo el activo de la misma, todos los bienes, todos los derechos reales ó personales. Los bienes presentes con todos sus frutos presentes y futuros y con todas sus accesiones, aun posteriores á la muerte del causante; los bienes que al cumplirse cierta condición ó al expirar cierto plazo deban refundirse en los de la sucesión; los créditos ó derechos contra tercero ó contra el heredero mismo, y hasta los destinados á legados por el testador, con relación á los acreedores, etc. Los Códigos de Chile, Colombia y Ecuador disponen á este efecto que: «El que acepta con beneficio de inventario se hace responsable no sólo del valor de los bienes que entonces efectivamente reciba, sino de aquellos que posteriormente sobrevengan á la herencia. Se hará la relación y tasación de estos bienes al inventario existente con las mismas formalidades que para hacerlo se observaron.» «Se hará asimismo responsable de todos los créditos como si los hubiere efectivamente cobrado, sin perjuicio de que para su descargo en el tiempo debido justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar, poniendo á disposición de los interesados las acciones y títulos insolutos.»

No puede pretenderse que vuelvan al caudal del causante los bienes que de él salieron en virtud de donación, al efecto de cumplir las cargas ó pagar las deudas. Los acreedores podrán rescindir esas donaciones si les perjudicaron en la época en que se hicieron, y gestionan en el término legal; los legitimarios podrán pretender su reducción ó anulación, si no cabían en la porción libre, mas ni los acreedores ni los legatarios pueden pretender que se consideren parte del caudal al efecto de aprovecharse de los bienes en que consistieron. Véase el art. 655.

El heredero, con los bienes de la herencia, queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la misma, ya provengan de contrato ó cuasi contrato, de delito ó cuasi delito, ó nazcan del mismo testamento, pero sólo hasta donde alcance el valor del activo de la sucesión. Si por caso fortuito perecen ó se deterioran algunos objetos, las fuerzas del caudal disminuyen sin culpa del heredero, y sólo hasta donde alcance lo que reste puede pretenderse el cobro por los acreedores.

No pueden estimarse cargas de la herencia las que son cargas propias del heredero, como la indemnización á que puede quedar obligado por su mala gestión, el pago del impuesto de derechos reales por la transmisión del remanente que pueda resultar en su favor, ó los gastos de los pleitos ó cuestiones que innecesariamente promueva. Tampoco pueden estimarse tales las que el heredero deba cumplir como condición precisa para suceder. Estas cargas se cumplirán por el sucesor con sus propios bienes, sin ofensa del precepto del art. 1023, y sin derecho á reintegro.

El heredero beneficiario obligado al pago de las deudas y cargas verdaderas de la herencia, como hemos dicho, goza del derecho de no pagarlas más que hasta donde alcance el valor de los bienes. Se trata en esta parte de un derecho ó un beneficio, y no de una obligación, de modo que no puede ser compelido á pagar sino dentro de esos límites; pero si él quiere, puede abonar á los acreedores ó á alguno de ellos el total de sus créditos, aunque para tanto no alcance el caudal hereditario. Con sus bie-

nes propios puede indudablemente hacerlo: lo que no puede es aprovecharse como heredero de esos bienes, mientras no estén cumplidas todas las cargas: al pago de éstas se destinan preferentemente todos los bienes de la sucesión, y desde aquí el precepto del art. 1034, que examinaremos en su lugar, por el que los acreedores particulares del heredero son excluídos en cuanto á esos bienes por los acreedores del causante.

II. *Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.*—Este efecto no puede decirse que sea una consecuencia del anterior. Como dice Losana, aquél representa una ventaja negativa, y éste un beneficio positivo para el heredero, á quien ciertamente el legislador podía haber impuesto la obligación, al aceptar la herencia, de perder los derechos y acciones que tuviese contra el difunto. El efecto del número 1.º es una consecuencia de no confundirse el patrimonio del causante con el del heredero; el del núm. 2.º, es una consecuencia de no confundirse tampoco sus personalidades, al menos en daño del heredero, puesto que sólo se habla de conservar el sucesor sus derechos y acciones.

Pueden hacerse de esta regla multitud de aplicaciones.

Así, el heredero puede entablar contra la herencia, como si fuese un extraño, cuantas acciones podría haber entablado contra el causante, y oponer cuantas excepciones pudieran corresponderle contra el mismo.

Si el difunto detentaba bienes propios del heredero, éste puede ejercitar contra la herencia las acciones posesorias procedentes ó la acción reivindicatoria.

Si el heredero tenía créditos contra el causante, puede reclamarlos á la sucesión con el mismo derecho que los demás acreedores, y puede entablar la acción rescisoria por las enajenaciones fraudulentas ó realizadas en su perjuicio.

Puede pretender la división de la cosa común, y ejercitar el retracto voluntario ó el de comuneros, ó el de colindantes; puede reclamar el precio de una venta, ó la cosa vendida; pedir las pensiones de un censo ó los intereses de un préstamo, ó el sa-

neamiento en caso de evicción, ó de vicios ó defectos ó gravámenes ocultos; puede reclamar indemnizaciones por daños ó perjuicios, embargar bienes, retenerlos hasta el cobro, gestionar la devolución de un depósito, pedir la venta de los bienes dados en prenda ó hipoteca, etc.

También conserva todos sus derechos, todo lo cual no es más que un aspecto de la misma cuestión. Y así, seguirá usufructuando ó usando el heredero los bienes de la herencia cuyo usufructo ó uso le correspondiese, ó ejercitando las servidumbres establecidas en su favor, ó percibiendo las utilidades de los bienes arrendados; gozará del derecho de reversión convencional, ó del de reversión legal en el caso del art. 812, ó del que le corresponda en los bienes reservables, ya como descendiente de un primer matrimonio, ya como pariente dentro del tercer grado en las circunstancias del art. 811. Conservará el derecho á los legados que en su favor hubiese dispuesto el causante, y el derecho á su legítima.

Esto representa una gran ventaja para el heredero forzoso que acepta á beneficio de inventario. Aceptando pura y simplemente, queda obligado, como todo heredero, á pagar todos los créditos y todos los legados, aun con sus bienes propios, y necesariamente puede verse precisado á perder su legítima ó una parte de ella. Aceptando á beneficio de inventario, tal peligro no existe, porque el heredero conserva todos sus derechos contra el causante, y como uno de ellos, y esencialísimo, el que la ley le concede á la legítima. Deducidas ó pagadas las deudas, el resto del caudal, en su caso, con el aumento que proceda por las donaciones que sean colacionables, constituye la herencia en sentido estricto, y, fijada la legítima, el heredero ha de percibirla íntegra y sin gravamen alguno, con preferencia á los legatarios, y reduciéndose ó aun anulándose, caso necesario, las donaciones que resultaren inoficiosas.

El heredero puede también excepcionar la nulidad de un acto ó contrato suyo con el causante, el pago de lo que se le reclame, la compensación, la prescripción, el perdón, la falta de

personalidad, de acción ó de derecho, la falta de inscripción, la de autenticidad en la fecha de un documento, etc.

En suma: como hemos dicho, el heredero, aceptando á beneficio de inventario, ha de ser considerado como extraño á la sucesión en cuanto se trate de derechos ó acciones á su favor y contra el difunto. Sólo sacrifica su título hereditario, salvo la legítima; nada hereda si nada resta de la herencia después de cumplidas las cargas; pero en todo lo demás sus derechos contra la herencia son iguales á los de un tercero cualquiera, ni más privilegiados, ni menos, por el hecho de ser sucesor.

Nada dice el art. 1023 con relación á los derechos que el causante tuviese contra el heredero; mas del núm. 2.º que examinamos se deduce que por reciprocidad ha de estimarse que también se conservan ó subsisten con independencia. Lo mismo se desprende del núm. 1.º, como antes quedó expuesto, porque esos derechos ó acciones contra el heredero representan bienes ó activo de la sucesión. La herencia, por tanto, puede ejercitar contra el heredero beneficiario cuantos derechos, acciones ó excepciones correspondiesen al causante.

Distintas entre sí las personalidades del causante y del heredero, distintas permanecen con relación á terceros interesados.

En cuanto á éstos, la personalidad del heredero, puede, pues, decirse que es doble, porque representa al difunto sin confundir con él su personalidad. Supongamos que el heredero, en nombre é interés propio, reivindica una finca que á un tercero vendió el causante. Este tercero no puede excepcionar que, como heredero del vendedor, se halla obligado á respetar las enajenaciones hechas por el causante, porque no gestiona aquél como heredero, sino en nombre propio. Pero, en cambio, puede el demandado, si fuese privado de la finca, exigir después el saneamiento por evicción contra ese heredero, pues como sucesor ha de cumplir las obligaciones del finado. Ahora bien: el saneamiento ha de encerrarse en los mismos límites que todas las cargas: sólo se abonará la indemnización que proceda en cuanto para ello alcance el valor de los bienes hereditarios.

Demandado el heredero, como tal heredero, por un acreedor, no podrá oponer á éste la compensación por un crédito particular suyo contra el mismo acreedor, así como si fué demandado en nombre propio tampoco podrá oponer en compensación un crédito de la herencia. Si el heredero fuese el demandante, las consecuencias son iguales respecto al deudor, que será obligado al pago aunque le corresponda algún crédito contra el finado, si aquél gestiona en nombre propio, ó contra el heredero en particular, si gestionaba como sucesor en nombre del causante.

Del núm. 2.° podrá resultar en algunas ocasiones que el heredero tenga que reclamar algún derecho contra la herencia, ó que la herencia tenga que ejercitar alguna acción contra el heredero. Si los herederos son varios, cada uno de ellos, en tales circunstancias, demandará á los demás ó será por éstos demandado. Si hay nombrado un administrador, éste, con arreglo al artículo 1026, representará la sucesión. Mas si hay un solo heredero, y él administra la herencia; si aun habiendo varios, todos tienen un interés común, ó si el que necesita demandar ó aquel contra quien debe reclamarse es el mismo administrador, ¿qué ha de hacerse? ¿Quién en tal caso representa la sucesión?

El Código no prevé este caso. Parece natural que, á semejanza de lo establecido en otras legislaciones, y análogamente á lo dispuesto en el art. 165, dados los intereses opuestos en la misma persona, y la incompatibilidad que resulta, se nombre judicialmente á instancia del interesado ó de los interesados un defensor especial que en tales casos represente la herencia.

III. *No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero. sus bienes particulares, con los que pertenezcan á la herencia.*— A primera vista parece este efecto idéntico al del número 2.° No es así, sin embargo. El núm. 2.° se refiere á la personalidad: el núm. 3.° á los bienes ó al patrimonio: el núm. 2.° se aplica á las relaciones del heredero con el causante: el núm. 3.° á las relaciones en general de los terceros con el causante y con el sucesor.

De esta suerte el núm. 3.° enuncia un principio general, del que puede decirse que es sólo una consecuencia el núm. 1.° Dice el núm. 3.° que no hay confusión para ningún efecto *en daño del heredero*. Esto hay que entenderlo con toda propiedad, sin pretender extender la idea á las personalidades, ni confundir los derechos con las obligaciones. Todos los bienes de la herencia están afectos al cumplimiento de las cargas de la misma, y como bienes de la herencia han de comprenderse los derechos que á la misma corresponden contra el heredero. Si se operase la confusión de personalidades en beneficio del heredero, las deudas, por ejemplo, que tuviese éste en favor del finado, se extinguirían por confusión, y no ocurre así. Lo que no ha de confundirse nunca *en daño* del heredero, son los bienes; siempre quedan independientes y separados los de la sucesión para atender á cuanto signifique deuda, carga, obligación ó gravamen de la herencia: en eso el heredero nada debe perder si no quiere; mas atendidas debidamente esas cargas, cumplidas todas, los bienes sobrantes son del heredero, se confunden *en su beneficio*. Realizada esta confusión, si se reclamasen nuevas deudas, se pagan sólo hasta donde alcance ese sobrante, sin que en caso alguno haya de tocarse á los bienes privativos del sucesor.

Cuando son varios los herederos, al que aceptó con beneficio de inventario no se le puede reclamar un crédito ni un legado por entero, sino á prorrata de su respectiva participación en la herencia. Si paga con dinero propio evitando la venta de los bienes de la sucesión, tiene derecho á reintegrarse con éstos de lo que pagó.

Si una de las cargas de la herencia consiste en la entrega al legatario de una cosa propia del heredero, no siendo condición precisa para la institución, al proceder su entrega por poder cumplirse el legado, conserva el heredero el derecho de reintegrarse del valor de esa cosa con bienes de la sucesión, porque no debe nunca sufrir daño en su patrimonio.

Como jurisprudencia aplicable á los efectos jurídicos que el beneficio de inventario produce á favor del heredero débense

consultar la sentencia de 20 de Octubre de 1892, 27 de Febrero de 1895, Resolución de la Dirección general de los Registros de 6 de Julio de 1896, sentencias de 25 de Mayo y 5 de Julio de 1897 y 14 de Enero de 1899, que salvo los hechos que las dieron origen, vienen sustancialmente á establecer que por la aceptación de la herencia á beneficio de inventario, se establece una absoluta separación entre los bienes de la herencia y los del heredero y que en las sentencias condenatorias contra las personas, no como deudores particulares, sino como herederos con beneficio de inventario, los bienes de la herencia y no los privativos del heredero con los que responden de la obligación.

La de 21 de Marzo de 1897 es también mera sustentación de los principios expuestos. Reclamada una deuda de la herencia, y embargados bienes particulares de los herederos, pueden éstos entablar tercería de dominio contra el acreedor. «Considerando, dice el Tribunal Supremo, que el heredero que acepta una herencia á beneficio de inventario, conserva su propia personalidad con entera independencia de la que adquiere con la misma herencia, puesto que ni responde de las cargas y deudas que sobre ella pesan sino hasta donde alcancen los bienes, ni se confunde su caudal propio con el heredado, ni siquiera pierde, sino que conserva los derechos y acciones que tuviera contra el difunto, y en su consecuencia, es evidente que, si por una deuda hereditaria se embargaran bienes privativos del heredero, puede éste impugnar el embargo utilizando la tercería de dominio, que es el recurso adecuado para mantener su derecho, igual en tal caso al de todo tercerista, por consistir en que los bienes propios no respondan al pago de las deudas ajenas.»

En otra sentencia de 6 de Mayo de 1902, el mismo Tribunal Supremo declara que el precepto del núm. 2.º del art. 1306 del Código que prohibe á uno de los contratantes reclamar el cumplimiento de un contrato ó la devolución de lo dado por él con causa torpe, es aplicable á los herederos de ese contratante, aun habiéndose aceptado la herencia á beneficio de inventario, puesto que en todo caso es continuador de su personalidad jurídica.

A la inversa, la sentencia de 12 de Febrero de 1909 apoyándose en el principio de derecho en virtud del cual nadie puede ir contra sus propios actos, dispone que el causahabiente tiene el deber de respetar los actos realizados por su causante, aun habiendo aceptado la herencia á beneficio de inventario, porque éste no produce el efecto de eximirle de aquélla responsabilidad, siempre y cuando las que emanen de los actos del segundo puedan solventarse con los bienes de la herencia con arreglo á lo prevenido en el art. 1023 del Código civil.

Concordancias.—Los efectos de la aceptación á beneficio de inventario son los mismos en todos los códigos, aunque en la mayoría de ellos se establece sólo una regla general. El artículo más parecido al nuestro es el 968 del Código de Italia; coincidiendo en el fondo con el 802 de los de Francia y Bélgica.

Argentina en su art. 3405 establece los mismos principios que el 1023 de nuestro Código, ampliando más los efectos de la aceptación con este beneficio en sus siguientes arts. 3406 y 3407.

Bolivia concuerda también en su art. 563. Chile, art. 1259; Colombia, art. 1316; Ecuador, 1249, y el de la República del Salvador 1128, y concordantes, establecen sustancialmente la misma doctrina. Guatemala, art. 854 y Perú, art. 757, disponen que la formación de inventario solemne, según el Código de Procedimientos, reduce las obligaciones del heredero á responder sólo en cuanto valiere la herencia. Honduras, como insistentemente venimos consignando, copia literalmente nuestros preceptos en su art. 1146. Méjico que no admite la aceptación pura y simple, sino con beneficio de inventario, hace constar en su artículo 3700 que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero.

Uruguay art. 1067 determina los siguientes efectos del beneficio de inventario: 1.º El heredero no queda obligado sino hasta donde alcanzan los bienes hereditarios. 2.º Conserva íntegras todas las acciones que tenía contra los bienes del difunto, y el de los Estados Unidos de Venezuela concede al heredero bene-

ficiario (art. 941) las ventajas de no estar obligado al pago de las deudas hereditarias ni de los legados, sino hasta concurrencia del valor de los bienes que ha tomado pudiendo libertarse de unas y otros, abandonando los bienes hereditarios á los acreedores y legatarios, no confundiendo, además, sus bienes personales con los de la herencia, conservando contra ella el derecho de obtener el pago de sus propios créditos.

ARTÍCULO 1024

El heredero perderá el beneficio de inventario:

1.º Si á sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia.

2.º Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial ó la de todos los interesados, ó no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

«Maliciosamente faziendo el heredero inuentario, encubriendo é furtando alguna cosa de los bienes del testador, decía la ley 9.ª título 6.º, Partida 6.ª, si esto le fuere prouado, debe pechar doblado tanto quanto encubrió ó furtó á aquellos que deuian rescibir algo de los bienes del muerto.»

Véase también la ley 12, título 6.º de la misma Partida en el art. 1002.

Vuelve la ley en el art. 1024 al tema del inventario, y una vez más se impone la aceptación pura y simple en los dos casos que comprende. Aquí, al perderse el beneficio de inventario, se pierde el derecho de repudiación, el derecho de deliberar y la facultad de aceptar con ese beneficio, que es sin duda lo que el artículo quiere establecer. No queda más camino que la aceptación pura.

Veamos los casos comprendidos en la ley.

I. Guarda la disposición de este número analogía con la del artículo 1002, á cuyo comentario nos remitimos.

Se exige:

1.° La omisión en el inventario de alguno de los bienes, derechos ó acciones de la sucesión.

2.° Que la omisión sea intencionada, á sabiendas, como dice el artículo, de que la acción, el derecho ó el objeto omitido ó no incluído pertenece á la herencia.

Se sigue de aquí que la simple omisión no intencionada no perjudica al heredero, pudiendo después él mismo ú otra persona solicitar la adición de lo que dejó de incluirse, conservándose el derecho de deliberar ó la aceptación beneficiaria.

A los demás coherederos, á los acreedores y legatarios, como interesados, corresponderá reclamar contra esa omisión, y probar que el heredero sabía que el objeto, el derecho ó la acción no incluídos pertenecían á la sucesión. Mediante este conocimiento debe presumirse la intención de perjudicar á tercero, á no justificar el sucesor, presunto culpable, algún error ó causa fundada que hubiese sido la que dió motivo, no á una ocultación consciente, sino á una equivocación en el inventario, por ejemplo, describirse con inexactitud hallándose realmente incluída, confundirse con otro objeto que no omitió, etc.

Probándose que hubo intención de causar perjuicio ó de aprovecharse de lo no incluído, ó no desvirtuada la relativa á la ocultación á sabiendas, el heredero pierde las ventajas de la aceptación beneficiaria, y responde con sus propios bienes á las deudas y cargas de la sucesión.

En la misma pena debe incurrir el heredero cuando, á sabiendas, incluye en el inventario deudas que no existen. Este precepto, como el del 1002, no se aplica á los incapacitados.

Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1903 que no se pierde el beneficio de inventario por dejar de incluir en dicho inventario ciertas rentas vencidas antes de la muerte del causante y cobradas después, pues para que se castigue al heredero con esa pérdida se exige en el art. 1024 que la

omisión sea *á sabiendas*, y en el caso que motivó la sentencia había motivo para suponer que no existió tal intención, creyendo el heredero que, como administrador que fué del caudal, sólo debía figurar en el inventario el resultado de las cuentas de su gestión.

El mismo Tribunal, apreciando las limitaciones del artículo, ha estatuído en sentencia de 20 de Noviembre de 1907 que, según lo establecido en la sección 5.ª, cap. 5.º, tít. 3.º, libro 3.º del Código civil, el carácter de heredero á beneficio de inventario se *adquiere* mediante la manifestación del interesado ante el Notario ó Juez competente, en el plazo y con los requisitos intrínsecos y extrínsecos que en la referida sección se establecen, cumplidos los cuales no cabe admitir que los actos posteriores del heredero invaliden ó anulen los efectos de dicho beneficio, ni éste puede *perderse* por otras causas que las consignadas en el art. 1024 del Código civil, en las que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, es preciso apreciar la concurrencia del dolo ó malicia que integren el propósito de lucro ó la intención de producir un perjuicio á los interesados en la herencia por cualquier título, causa ó motivo.

II. El art. 997 sienta el principio de la irrevocabilidad de la aceptación ó de la renuncia. En virtud de él, el heredero que acepta ya no puede renunciar; el heredero que renuncia no puede aceptar después. La aceptación pura á su vez impide la aceptación beneficiaria, pero ésta no impide aquélla, porque constituyendo un beneficio para el heredero, puede renunciarlo, sin perjuicio del derecho de los acreedores para impugnar los actos realizados por un deudor en su fraude ó perjuicio.

Libre es, pues, el sucesor que aceptó á beneficio de inventario para convertirse por su voluntad en heredero puro y simple. La ley, por su parte, cambia también en varios casos la forma de la aceptación y sus efectos, imponiendo con ello una pena al heredero que abusa de su situación, y pretende conservar las ventajas de la aceptación pura y las de la aceptación beneficiaria.

El núm. 2.º del art. 1024 nos presenta un ejemplo. El heredero beneficiario, ya que no obliga nunca sus bienes propios, tiene que observar las prescripciones legales que en interés de los acreedores y legatarios se establecen cuando la herencia se acepta á beneficio de inventario. Deben cumplirse preferentemente y en lo posible todas las cargas de la sucesión; deben enajenarse los bienes sólo en caso de necesidad y con determinados requisitos que sirven de salvaguardia ó garantía á los terceros interesados. Si, pues, los intereses de los acreedores y legatarios se postergan á la conveniencia de los herederos; si los bienes se venden sin necesidad, ó sin el requisito de la subasta, ó sin intervención judicial ó de los interesados; si al precio no se le da la aplicación procedente y ordenada, el heredero se extralimita en sus facultades, y la ley presume en su daño que quiere ser aceptante puro y simple, ó le impone como castigo esta cualidad. Ni es necesario que se cause perjuicio á los acreedores, ni basta protestar al vender de que se quiere conservar el beneficio de inventario. La ley está terminante: realizado el hecho, se impone la pena.

Habla el artículo de enajenaciones en general. Cualquier acto de disposición, permuta, adjudicación en pago, hipoteca, transacción, etc., que realice por su propia autoridad el heredero, le convierte en aceptante puro y simple.

Pero, ¿cuál será el valor de esos actos? Hechas las enajenaciones sin las formalidades legales, ¿serán eficaces? La ley no las considera nulas, antes bien supone su validez, y válidas son desde luego suponiendo en el heredero una aceptación pura, como se supone. Esto no obsta á que esa enajenación pueda rescindirse, si es fraudulenta ó perjudica á los acreedores, tanto á los del causante como á los particulares del heredero, pues convertido éste en aceptante puro y simple, queda confundido su patrimonio con el del finado.

Ahora bien: el precepto del art. 1024 tiene que ser interpretado racionalmente y en relación con los demás que se ocupan de la materia. ¿Puede creerse que el legislador prohibe á los he-

rederos, una vez aceptada la herencia con el beneficio de inventario, la enajenación de bienes de la sucesión sin las formalidades legales, en todo tiempo, poniendo una traba eterna al heredero que se encuentre en esas condiciones especiales? Esto no sería racional, ni necesario, ni conveniente. Mientras dura el estado de administración, los herederos no son dueños de los bienes, sino que sólo tienen derecho al sobrante que pueda resultar después de pagados todos los acreedores *conocidos* y los legatarios. Terminado el estado de administración, y habiendo sobrante, éste corresponde á los herederos, entra en su patrimonio confundiéndose con él, y es evidente que esos herederos disponen ya con libertad de lo suyo, sin dejar por ello de ser considerados con relación á otros acreedores desconocidos antes, que reclamen después, aceptantes con el beneficio de inventario.

Esta lógica consecuencia, que limita racionalmente la generalidad de expresión del art. 1024, está reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1898. «El precepto del art. 1026 del Código civil, dice el primer considerando de esta sentencia, no puede interpretarse en el sentido de que la aceptación de la herencia á beneficio de inventario la deja constituída en administración *por tiempo indefinido*, *sino* tan sólo y como en él se precisa, *hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos,* y en este concepto al demandado incumbía demostrar que antes de llevarse á cabo la liquidación, cuenta y partición de la herencia, era acreedor conocido de dicha herencia, y no habiéndolo hecho así, según estima la Sala sentenciadora, ni apareciendo que reclamara su crédito hasta que entabló su demanda, pasados catorce años de la muerte del testador, tiempo en que los herederos venían disfrutando la repetida herencia, es claro que había dejado de tener aplicación el referido artículo, así como los demás que se relacionan con él».

Véase también, en relación con este artículo, la sentencia de 14 de Junio de 1899, en el comentario del art. 1013.

Concordancias.—Concuerda el artículo examinado con el 801

del Código francés, 973 y 974 del Código italiano y 2053 del de Portugal.

El Código de la Argentina determina como casos de cesación del beneficio de inventario (arts. 3439 y 3440), la ocultación que hiciese el heredero de algunos valores de la sucesión, la omisión fraudulenta en el inventario de algunas cosas de la herencia, y la venta de inmuebles efectuada sin conformarse á las disposiciones prescritas. Respecto de los muebles, queda á la prudencia de los jueces resolver si la enajenación de ellos ha sido ó no un acto de buena administración.

Bolivia, como ya hicimos notar en concordancias anteriores, consigna (art. 581) que el heredero que no incluye en el inventario todos los bienes, y se prueba la ocultación, acepta por este hecho la herencia, si es heredero legítimo, sin que le aproveche el beneficio, y si es extraño, será tenido por reo de hurto.

Chile, art. 1256; Colombia, art. 1313; Ecuador, art. 1246, y el del Salvador, art. 1196, condenan también con la pérdida del beneficio al heredero que de mala fe omitiere la mención de cualquier parte de bienes por pequeña que fuere, ó supusiere deudas que no existen.

Guatemala (art. 856) y Perú (art. 759), además de considerar en los casos expuestos perdido el beneficio de inventario, pierden los ocultadores su derecho á los bienes omitidos, perteneciendo éstos á los coherederos inocentes en la ocultación, y en su falta, á los herederos legales.

Honduras, dispone lo mismo que el derecho español (artículo 1147).

Méjico, que en todo caso reputa la herencia aceptada á beneficio de inventario, se limita á exigir al heredero responsabilidad de los daños y perjuicios causados por la ocultación ó sustracción de bienes, sin perjuicio de la penalidad correspondiente (artículo 3698).

Uruguay, reproduce en su art. 1064 las mismas palabras y consiguiente penalidad que la establecida en los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, antes citados.

Venezuela, considera como causas extintivas del beneficio de inventario: 1.º La omisión á sabiendas y de mala fe de cualquier objeto (art. 940). 2.º La venta de inmuebles sin autorización judicial (art. 946). 3.º La venta de muebles sin autorización también del juez, antes de transcurrir dos años de la declaración de la aceptación de la herencia bajo este beneficio. Después de los dos años puédense vender los muebles sin formalidad alguna.

ARTÍCULO 1025

Durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados.

«De mientra que dura el tiempo que otorga el derecho al heredero para fazer el inventario, non pueden mouer contra él pleyto para demandarle ninguna cosa, aquellos á quien ouiesse mandado algo en su testamento, fasta que aquel tiempo sea cumplido.» Ley 7.ª, tít. 6.º, Partida 6.ª

Según el art. 853 del proyecto de Código de 1851, «durante la formación del inventario y el término para deliberar no pueden los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos y legados; los fiadores del difunto no gozan de este beneficio. Pero bien pueden ejercer la acción de dominio y la de despojo causado por el difunto, aquellos á quienes competen.»

El Código, en el art. 1025, sólo se refiere á los legatarios. Supone que ningún heredero ha aceptado puramente la herencia, ó de otro modo, solamente alude á los que aceptaron á beneficio de inventario, ó á los que pidieron la formación de éste para deliberar, imponiendo á dichos legatarios la obligación de esperar, sin extralimitarse á pedir el pago de sus legados: pago que se ignora si será ó no procedente.

El interés de los legatarios en tal situación consiste en que el inventario sea fiel y exacto, en que se practique dentro de los plazos legales, y en que el llamado á suceder manifieste libre-

mente su voluntad, ó le imponga la ley, por su silencio, ó por sus actos, la aceptación pura. Hasta que el inventario se termine y el heredero resuelva, no se puede saber si éste deberá ó no satisfacer los legados. De nada sirve que se haya nombrado un administrador; es preciso además conocer exactamente el activo y el pasivo de la sucesión, y aun después, en su caso, si la herencia se acepta puramente ó á beneficio de inventario.

Por otra parte, el derecho de los legatarios está reconocido en el testamento, no necesitando más prueba, y ese derecho no corre el peligro de prescribir en el breve plazo señalado para el inventario y para deliberar. No hay, pues, razón para impacientarse, y puede el legatario esperar.

La ley, al hablar de demanda de pago, prohibe toda demanda, judicial ó extrajudicial, aunque con más propiedad pueda referirse á aquélla. El legatario podrá contravenir el precepto legal, mas sólo conseguirá hacer gastos inútiles en perjuicio propio. La excepción del art. 1025 es bastante para condenarle.

Ahora bien: el art. 1025 no prohibe en absoluto á los legatarios demandar el pago de sus legados, sino sólo demandarlo durante la formación del inventario y el plazo para deliberar. Si su derecho corre peligro ó se le ocasionan perjuicios imposibles de evitar por su parte, por no haber herederos que gestionen, ó por mediar excepcionales circunstancias, podrán usar del derecho concedido en el art. 1005, ó pedir el nombramiento de un administrador que represente la herencia yacente, y gestionar contra ella.

También pueden dirigirse contra el albacea ó persona autorizada por el testador para el pago de los legados, sin perjuicio de respetar la especial prohibición de este artículo en el caso concreto á que se refiere.

El art. 1025 sóle se refiere á los legatarios; ¿no hay que establecer el mismo precepto á los acreedores, como reconocía el proyecto de Código de 1851?

En Francia, el heredero no puede ser condenado durante el término concedido para formalizar el inventario y para resolver

concediéndosele al efecto una excepción dilatoria; pero se estima que los acreedores pueden desde luego demandar el pago de sus créditos judicialmente, y aun en virtud de un título ejecutivo perseguir los bienes y obtener el cobro, pues no puede impedirse el ejercicio ó la continuación de las acciones que les correspondan.

En Italia, los acreedores de una sucesión pueden reclamar contra la persona llamada á suceder, considerada como curador de la herencia, aunque esté pendiente el término para deliberar, hasta conseguir el cobro de sus créditos.

En nuestro derecho hay motivo para creer que se adopta parecida solución. En primer lugar, existe el texto preciso del artículo 1025, que para nada menciona á los acreedores; omisión que resulta aun más significativa y deliberada en vista del artículo 853 del proyecto de Código de 1851. En segundo lugar, no se puede afirmar contra la letra del art. 1025, que donde existe igual motivo debe aplicarse igual regla, porque aunque no deja de haber razones que aconsejan la misma solución adoptada respecto á los legatarios, derivándolas de la naturaleza y efectos del inventario y de la aceptación con este beneficio, es lo cierto que las circunstancias no son idénticas, pues los acreedores hacen uso de su propio derecho contra el deudor, necesitan á veces obtener algún reconocimiento de ese derecho, y pueden sufrir perjuicios graves si por no reclamar oportunamente prescribe su acción, aparte de que los juicios pendientes no se suspenden por la muerte del deudor, y de que un título ejecutivo lleva consigo la facultad de embargar bienes y seguir adelante la ejecución.

Estimamos, pues, que los acreedores pueden hacer uso de su derecho para reclamar sus créditos durante la formación de inventario y el término para deliberar; pero tendrán que hacerlo sujetándose á los procedimientos que la ley de Enjuiciamiento civil establece; punto importante para evitarse dilaciones y gastos inútiles. Algunas veces habrán de principiar haciendo uso del derecho que les concede el art. 1005 del Código para obligar

al heredero á que acepte ó repudie la herencia. Otras tendrán que promover el juicio de testamentaría ó de abintestato, ó comparecer en él si ya estuviere promovido, para hacer su reclamación, cuando ésta sea de las acumulables á esos juicios, conforme al art. 1003 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil. Y en todo caso, poco ó nada adelantarían con presentar la demanda, mientras no haya persona que legalmente tenga la representación de la herencia. Véase el art. 1026 del Código.

Concordancias.—Además de la materia expuesta en lo que respecta á los Códigos de Francia é Italia, concuerdan con el artículo 1025 del Código español los arts. 3416 á 3429 del Código de la Argentina, que asientan las reglas generales de la administración de los bienes de la herencia, el art. 562 del de Bolivia que establece que durante la facción del inventario no está el heredero obligado á pagar deudas ni mandas, pero dará fianzas buenas y suficientes, si los acreedores las piden, y el artículo 1148 de Honduras que fielmente sigue al Derecho español.

Los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Méjico, Perú, Uruguay y Venezuela no tienen concordancia directa con nuestro art. 1025, si bien se relacionan directamente con los preceptos relativos al pago de deudas y administración de la herencia.

ARTÍCULO 1026

Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.

El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que á ésta competan y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma.

ARTÍCULO 1027

El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado á todos los acreedores.

ARTÍCULO 1028

Cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación.

No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que algunos de sus créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho.

ARTÍCULO 1029

Si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

ARTÍCULO 1030

Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en la ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarías, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

ARTÍCULO 1031

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración á los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será responsable de los perjuicios causados á la herencia por culpa ó negligencia suya.

ARTÍCULO 1032

Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia.

Si la herencia hubiese sido administrada por otra persona, ésta rendirá al heredero la cuenta de su administración, bajo la responsabilidad que impone el artículo anterior.

PRECEDENTES.—Aparte las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, de las que habremos de ocuparnos en el comentario, los precedentes legales de los artículos que vamos á examinar estaban contenidos en las leyes 7.ª y 8.ª del tít. 6.º, Partida 6.ª

Ley 7.ª — «... Otrosí dezimos que non es tenudo el heredero que fizo tal escrito, en la manera que suso diximos (inventario), de dar ó de pagar las mandas que fizo el fazedor del testamento, fasta que sean pagadas las debdas primeramente que el fincado deuia. E aun dezimos que puede despues retener para sí la cuarta parte de los bienes que fincaren después que fueren pagadas las debdas, á que llaman en latín Falcidia. E si tantos bienes non le fincassen, despues que fuessen assi pagadas las debdas, de que el heredero podría ser entregado cumplidamente de la Falcidia, estonce puede retener para sí é sacar la quarta parte de cada una de las mandas del testador, fasta que aya su derecho, assí como sobredicho es. Pero dezimos que si el heredero, despues que ha fecho el inuentario de los bienes del testador, pagasse ante las mandas que las debdas del finado, de manera que le non fincasse á él más de la quarta parte de la heredad, estonce aquellos, que deuen auer las debdas, non pueden primeramente demandar al heredero que gelas pague, mas deuenlas demandar á los que recibieron las mandas, é ellos son tenudos de les tornar aquello que recibieron de que se puedan pagar las debdas: é si fuessen tan pocos que non cumpliessen á pagar las debdas, estonce, por lo que finca de ellas, deue al he-

redero fazer pagamiento á aquellos que lo han de rescebir de aquella quarta parte que retuuo para sí. E esto es, porque él se deuia guardar de fazer pagamiento de las mandas, antes que pagasse las debdas, pues que sabía que non abundaban los bienes para pagarlo todo.»

Ley 8.ª—«Las despensas que el heredero fiziere en razón de soterrar á aquel cuyo heredero es, ó las que fiziere derechamente en otra manera qualquier, non es tenudo de las contar nin escreuir en el inuentario; pero si acaesciere alguna contienda sobre estas despensas deue el heredero prouar con testigos ante quien las fizo ó por su jura. E si aquel que es establescido por heredero ouiesse alguna demanda, ó le deuiesse alguna cosa aquel que le establesció por su heredero: en saluo le finca la demanda ó aquello quel deuia el testador, si el inuentario fiziere, assi como sobredicho es.»

Comentario.—Los siete artículos que son objeto del presente, se refieren á las herencias aceptadas á beneficio de inventario, estableciéndose en el 1026, que es el primero de ellos, el principio ó regla general de que tales herencias ha de entenderse que se hallan en administración hasta que queden pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, y determinándose las atribuciones y deberes del administrador, el orden en que ha de realizar dichos pagos, cómo han de venderse los bienes que sean necesarios para ello, la entrega del remanente al heredero, y á quien ha de rendir aquél las cuentas en los diferentes casos que pueden ocurrir. Examinaremos por separado cada uno de estos puntos, con la extensión que su importancia requiera, resolviendo, por último, algunas cuestiones á que puede dar lugar la aplicación de dichos artículos.

I

Nombramiento de administrador; fianza; retribución.

Combinando los arts. 1020 y 1026, resulta que el administrador puede ser nombrado á instancia de parte desde que se

pretende la formación del inventario; cesa cuando la herencia es aceptada pura y simplemente, mas continúa ejerciendo sus funciones, cuando la sucesión se acepta á beneficio de inventario, hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios.

El heredero puro y simple responde á todas las deudas y cargas de la sucesión con sus propios bienes y con los que hereda; nada importa la confusión; á nadie interesa una administración especial y separada; dueño ese heredero de todo, todo lo maneja y administra como verdadero propietario.

El heredero beneficiario obtiene un favor de la ley, y ese favor limita la garantía de los acreedores de la herencia y de los legatarios; á éstos interesa una administración entendida y rodeada de formalidades, que, unida al inventario, les evite todo perjuicio en lo posible.

Al aceptarse la sucesión á beneficio de inventario, dicen los autores, y es cierto, que se establece una liquidación de la herencia. El inventario demuestra el activo y el pasivo, lo que hay para pagar á todos los interesados y lo que se debe pagar; la administración atiende á la conservación del activo y á la ordenada distribución del pasivo, con la aquiescencia ó intervención de los interesados, ó con el auxilio de la autoridad judicial. No cabe que los herederos realicen actos de dueño hasta que la liquidación se termine, y si se realizan, el art. 1024 señala la inmediata consecuencia, imponiendo la pérdida del beneficio. Es, en verdad, este beneficio incompatible con los actos de libre disposición de los bienes, que originarían una situación ambigua, producirían una confusión intolerable y ocasionarían perjuicios para todos. Por esto la ley, con buen acuerdo, impone la simple administración del caudal: la herencia, como queda dicho, está en liquidación.

¿Quién administra? Parece que el art. 1020 lo resuelve, pero la regla no es absoluta. En primer término, se atiende á la voluntad expresa del causante. Aparte de esto, si se solicita la intervención del juez, éste, como dijimos, no habiendo acuerdo

entre los interesados, designa la persona del administrador, siguiendo las reglas establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil. En tal caso, al aceptarse la herencia á beneficio de inventario, si ya no lo estuviese, continuará el mismo administrador que aceptó su cargo.

Pero en los interesados es potestativo pedir ó no que se provea á la administración del caudal; si no se pidió antes de la aceptación, ¿podrá pedirse después? ¿podrá nombrarse administrador sin acudir á la autoridad judicial?

El art. 1030 prueba el valor que da la ley á la voluntad conforme de herederos, acreedores y legatarios. Puestos de acuerdo, es indudable que pueden nombrar un administrador, ó varios, sean ó no herederos, sin intervención del juez. Después de todo, la administración es una carga y no un beneficio; una obligación, más bien que un derecho.

No habiendo acuerdo, la mayoría, difícil de apreciar en la mezcla de intereses que intervienen, no debe bastar, y así cualquier interesado puede protestar y acudir á la autoridad judicial para que decida sobre el nombramiento de administrador de la herencia.

Supuesto el nombramiento del administrador, y conforme éste con aceptar el cargo, que no es obligatorio, ¿deberá prestar fianza? La ley de Enjuiciamiento civil, como dijimos al comentar el art. 1020, así lo exige; mas en ese artículo aun no había aceptación; y en el 1026 ya hay herederos aceptantes. Si el administrador es un tercero, y los interesados no le dispensan, deberá prestar fianza en armonía con lo dispuesto en la citada ley. Pero si el administrador es el mismo heredero que aceptó, ¿puede exigírsele esa garantía de la administración? Nos parece indudable, porque los intereses que administra no son solamente suyos; porque con arreglo al art. 1031, ha de ser responsable de los perjuicios que ocasione por su culpa ó negligencia, y porque la ley de Enjuiciamiento civil no distingue, é impone ese deber, ya se trate de extraños ó de herederos, y hayan ó no aceptado la herencia. Deben ser, por tanto, aplicables las reglas 5.ª y 6.ª

del art. 1069 de la citada ley. La fianza puede ser personal, pignoraticia ó hipotecaria.

El administrador es justo que obtenga á su vez alguna retribución ó compensación por los servicios y molestias que se le obliga á soportar, y al efecto, los interesados pueden convenir en la catindad que ha de fijarse. A falta de esta conformidad, el juez acordará, á instancia del mismo administrador ó de otro interesado, la retribución que proceda, teniendo en cuenta el artículo 1033 de la ley de Enjuiciamiento civil, y esto ya sea el administrador un extraño ó uno de los herederos, puesto que, como queda dicho, se administra no sólo en interés de esos herederos, sino también en el de los acreedores y legatarios.

Puede además considerarse pertinente en ciertos casos el artículo 1034 de la citada ley, según el cual, deben conservarse las administraciones subalternas que para el cuidado de sus bienes tuviera el finado fuera de la población en que se siga el juicio, con la misma retribución y facultades que aquél les hubiera otorgado.

El cargo de administrador, una vez aceptado, ha de considerarse renunciable en virtud de una justa causa, que apreciará en su caso la autoridad judicial. Debe además desempeñarse personalmente dicho cargo, del modo que explicamos al tratar de los albaceas. Y procede, por último, la remoción por motivos fundados y bastantes, á instancia de los interesados.

II

Deberes y atribuciones del administrador.

Nombrado el administrador, sea el heredero ó un extraño, y prestada en su caso la fianza y señalada la retribución, á él incumbe el cuidado y conservación de los bienes, la representación de la herencia y el cumplimiento de todas las cargas de la sucesión.

A) Cuidado y conservación de los bienes.—Deben estimarse aplicables en esta materia las disposiciones de la ley de Enjui-

ciamiento civil, puesto que el Código nada establece sobre el particular. Véanse los arts. 1016 al 1032 de la citada ley referentes á la administración del abintestato, y á cuyas disposiciones deberá ajustarse en sus respectivos casos el administrador de la herencia aceptada á beneficio de inventario, para el cuidado, conservación y administración de los bienes de la misma.

Es indudable que el administrador, aunque sea el mismo heredero, no puede disfrutar de los bienes de la herencia, puesto que los frutos, como parte del caudal, representan un valor que ha de estimarse comprendido en el límite fijado por el art. 1023, número 1.º, á la responsabilidad sobre el cumplimiento de las cargas. Del mismo modo debe sostenerse que ni el administrador, ni los herederos, pueden en esta situación aprovecharse para nada de las cosas de la herencia, ni usar los muebles, ni habitar los edificios sin pagar alquiler, ni alimentarse á expensas de los bienes de la herencia, salvo en la forma que preceptúa la ley de Enjuiciamiento civil cuando fuere procedente y en cuanto al exceso del activo sobre el pasivo del caudal.

B) Representación de la herencia.—Claramente establece esta facultad del administrador el art. 1026 del Código, conforme con el 1008 de la ley de Enjuiciamiento civil, aunque al parecer, más amplio en su espíritu que éste, el cual, habiendo ya herederos, supone que el administrador representa el caudal, pero no la herencia.

No se trata en el art. 1026 de una situación especial, en la que, á falta de herederos, sea indispensable que un administrador represente la herencia. Hay ya herederos que han aceptado, aunque á beneficio de inventario: ¿qué papel desempeñan si ni aun se les concede esa representación?

En primer término, de las disposiciones del art. 1069 de la ley de Enjuiciamiento civil se deduce que el administrador de ordinario es alguno de los herederos, salvo cuando ninguno de éstos tenga la capacidad necesaria para el cargo. Si los herederos, de común acuerdo, nombran otra persona, ésta viene será

un representante ó mandatario de aquéllos, para los efectos de la administración.

En segundo lugar, se trata de un estado provisional. Como hemos hecho notar al principio del comentario de estos artículos, debe verse en la aceptación á beneficio de inventario un estado especial de liquidación de la herencia, que exige preceptos especiales transitorios. El administrador, según queda expuesto, es ordinariamente uno de los herederos, y así ellos mismos, ó un mandatario ó encargado suyo, son los representantes de la sucesión. Pero aunque así no se estimase, las facultades del administrador son siempre especiales del caso, provisionales, transitorias, y no atacan á los derechos y prerrogativas que á los herederos en definitiva corresponden.

Por último, la herencia aceptada á beneficio de inventario se representa en realidad por la suma de intereses que actúan sobre la sucesión, é interés tienen los herederos que representaran al difunto, pero también los acreedores y legatarios enfrente de esos herederos. Separadas las personalidades del sucesor y del causante, y, por de pronto, los patrimonios, y encerrada la garantía de los legatarios y acreedores dentro de los límites del activo hereditario que se inventarió, se exigen condiciones especiales de imparcialidad y de formalidad, que por su mismo carácter transitorio ha creído deber llenar el legislador sin ofensa para nadie, declarando la herencia hasta que resulten cumplidas las cargas, en estado de administración ó liquidación.

El administrador, pues, sea el designado por el testador, por el juez ó por los interesados, sea el heredero ó un extraño, es el llamado á ejercitar las acciones que correspondan á la herencia, contra los mismos sucesores ó contra terceros, en la vía judicial ó en la gubernativa, y se trate de acciones posesorias ó definitivas, reales ó personales, pudiendo ejercitarlas desde luego cuando fueren procedentes, aun durante la formación del inventario, y antes, por tanto, de ser aceptada la herencia. Debe procurarse que al llegar el momento del pago á acreedores y legatarios,

estén cobrados los créditos, y se hayan hecho efectivos, dentro de lo posible, todos los derechos de la sucesión.

Del mismo modo el administrador es el llamado á defender la herencia en las cuestiones que contra la misma se promuevan por terceras personas ó por los mismos sucesores, compareciendo en juicio, oponiendo excepciones, contestando, etc., sea en la vía gubernativa ó en la judicial.

Si hay albacea, y las cuestiones versan sobre la validez ó la nulidad del testamento ó de alguna de sus cláusulas, no será el administrador, sino el albacea, quien tendrá personalidad para intervenir con arreglo al núm. 3.º del art. 902. Del mismo modo el albacea tendrá siempre todas las especiales facultades que el testador le hubiera conferido y no fuesen contrarias á las leyes, limitándose el administrador, caso de no ser el mismo albacea ni haber sido éste facultado en general para administrar, á ejercer aquellas acciones ó á realizar aquellos actos relativos á la herencia, para los que no estuviese autorizado especialmente el albacea.

Pueden consultarse en relación con esta materia las sentencias de 18 de Marzo y 28 de Abril de 1897, y otras citadas en el comentario de los arts. 901 al 903.

Si el administrador tuviese intereses opuestos en algún asunto, como si hubiese de demandar á la herencia en nombre propio como acreedor, ó demandarse á sí mismo en nombre de la herencia, será indispensable nombrar á ésta judicialmente un defensor especial, como hemos expuesto al comentar el artículo 1023. Bajo este aspecto, los coherederos, acreedores y legatarios han de ejercer una especie de inspección que intervenga en la admisión de los créditos del administrador contra el caudal, lo cual es sencillo reconociéndose oportunamente é incluyéndose en el inventario, y que vigilen para que el administrador pague lo que deba á la sucesión. Estas personas, ó cualquiera de ellas, como interesada, reclamarán, caso necesario, ante la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho á exigir responsabilidad al administrador por los actos ú omisiones que les perjudiquen

cuando llegue la rendición de cuentas de la administración, con arreglo al art. 1031.

El administrador, para comparecer en juicio, no necesita autorización judicial.

Recordaremos, por último, la sentencia de 11 de Mayo de 1898, de que nos ocupamos en el art. 1024, por su íntima relación con el 1026. Pagados los acreedores *conocidos* y los legatarios, el administrador deja de representar la herencia, puesto que termina el estado especial de administración.

Merecen también consultarse como aclaración de los preceptos del art. 1026, la siguiente doctrina sentada por el Tribunal Supremo:

La sentencia de 4 de Enero de 1901 dispone que el heredero que acepta la herencia á beneficio de inventario responde de las obligaciones contraídas por su causante, aun cuando con la limitación consiguiente á dicho beneficio; por lo tanto, puede ser así demandado, y no es admisible la excepción de falta de personalidad alegada por él en el sentido de deberse dirigir las reclamaciones contra el administrador, por considerarse en administración, á tenor del art 1026, toda herencia aceptada á beneficio de inventario.

La sentencia de 9 de Febrero de 1901 aclara también el precepto en el sentido de que la aceptación pura y simple de la herencia obsta á la aplicación del art. 1026.

Más sustancial aún, la sentencia de 4 de Julio de 1906 afirma que si bien el art. 1026 del Código civil establece que la herencia aceptada á beneficio de inventario se halla en administración hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, este precepto no puede ser apreciado aisladamente, sino relacionándolo con el 1069 de la ley de Enjuiciamiento civil que determina el nombramiento de administrador para que el nombrado tenga la representación hereditaria y pueda legalmente ejercer sus funciones; de cuya armónica relación de preceptos se desprende que cuando este nombramiento de administrador no se ha hecho en legal forma en favor de una

persona, aunque ésta sea la viuda del causante, no puede dirigirse personalmente contra la misma acción ninguna por crédito que traiga su origen de obligaciones de aquél, porque en este caso, la representación de la herencia corresponde á los hijos y herederos forzosos del expresado causante, pero en modo alguno á la viuda, á quien su derecho á la cuota usufructuaria no le atribuye la responsabilidad de las deudas del marido, porque no le sucede ni en la personalidad ni en todos los derechos como los sucesores universales.

Ultimamente, la sentencia de 24 de Abril de 1907 considera que el art. 1026 del Código civil se halla establecido para el caso de aceptación de herencia á beneficio de inventario y en nada obsta á que los herederos, con independencia del albacea, puedan defender directamente su derecho en los pleitos en que tal derecho pueda ser contradicho.

Con respecto al pago de las costas que se causen, la sentencia de 13 de Enero de 1911 dispone que sean á cargo de la herencia, puesto que ésta hasta que se liquida se halla en estado de administración, como dispone el art. 1026 del Código civil, y los gastos que exija la cosa administrada, han de ser de cuenta de la misma, salvo, dicho se está, el caso previsto en el artículo 1033, en el que el heredero fuere condenado personalmente por su dolo ó mala fe. Es decir, las costas originadas en interés común se abonarán por la herencia; las causadas por los litigantes, en su propio interés, se abonarán por ellos,

C) Cumplimiento de las cargas de la herencia.—La aceptación de la herencia á beneficio de inventario no es una declaración de concurso en la sucesión. Lo prueba el que ordinariamente los herederos son los que administran los bienes, administración inconciliable en el concurso; lo prueba además el que el concurso supone un pasivo mayor que el activo, mientras que en la aceptación beneficiaria debe más bien suponerse siempre que el activo supera al pasivo, porque de otro modo lo natural en quien no quiere ser heredero puro y simple, sería renunciar la herencia, y no arrostrar las molestias y disgustos que supone la acep-

tación beneficiaria en la seguridad de no obtener la más mínima ventaja. En todo caso, ese exceso del pasivo sobre el activo debe considerarse como una excepción, y no podría nunca servir de base á una suposición de hallarse en concurso la herencia como regla general. El heredero beneficiario espera sin duda adquirir algo siempre, pero ante el temor de lo imprevisto, de deudas no conocidas que puedan resultar después, y ante el peligro de ver sus propios bienes envueltos en la quiebra, no quiere exponerse ni arriesgar su fortuna. Esto es lo que explica lógicamente esa aceptación. Creemos, no obstante, que la ley se deja llevar demasiado de esa idea en la generalidad de los Códigos y no prevé acertadamente el caso en que, resultando el pasivo mayor que el activo, no sólo no obtenga el heredero beneficio alguno, sino que ni aun puedan cobrar íntegramente todos los acreedores. No de otro modo acertamos á explicarnos la célebre frase «serán pagados los acreedores conforme vayan presentándose», que viene repitiéndose en todos los Códigos desde el francés, y la ausencia en esos Códigos de toda regla segura para pagar, fuera de la natural é irremediable de nuestro art. 1027, que no consta siempre expresamente en otras legislaciones. Como veremos, nuestro Código modifica y en realidad aclara la doctrina.

Por lo mismo que la aceptación á beneficio de inventario no equivale á la declaración de hallarse en concurso la herencia, no se consideran exigibles y vencidos todos los créditos por virtud de esa aceptación. Ciertamente todos los créditos deben ser pagados hasta donde alcance el valor de los bienes hereditarios, pero cada cual será pagado á su respectivo vencimiento. Si algún crédito, carga ó legado depende de determinada condición, debe esperarse á que la condición se cumpla.

El pasivo para el legislador está representado en dos grandes grupos: el de los acreedores y el de los legatarios; y atendiendo á la distinta naturaleza de los derechos que unos y otros ostentan, con perfecta justicia y en evitación de toda duda, establece el art. 1027 que el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado á todos los acreedores.

Es esta una consecuencia lógica y natural del principio de que nadie puede disponer gratuitamente de sus bienes cuando tiene deudas que los absorben ó perjudica con sus actos á un tercero. Los acreedores, si no se les paga, reciben un daño; los legatarios sólo dejan de obtener una ganancia; aquéllos realizaron en beneficio del causante alguna prestación que exige su equivalente; éstos nada hicieron ni nada entregaron por su parte; su título es puramente lucrativo. De aquí que ante los intereses de los acreedores, el valor de los bienes repartidos en legados por el causante representa un activo de la sucesión, cuyo activo puede ser absorbido en su beneficio.

Supone desde luego el art. 1027 que al administrador corresponde el pago de las deudas y el de los legados, y que hay acreedores y legatarios. Si alguno de estos grupos de personas no existiese, sólo serían aplicables las reglas relativas al que de ellos exista.

El administrador ha de pagar, pues, primero á todos los acreedores. El art. 1029 supone, sin embargo, que puede haber legalmente acreedores que no hayan cobrado después de pagarse á los legatarios. Y es que el art. 1027 sólo puede racionalmente aludir á *todos* los acreedores *conocidos*. Debe suponerse, puesto que no se conocen más, que todos los acreedores están pagados, y entonces se satisfacen las mandas. Pero después aparece un nuevo acreedor antes no conocido, y precisamente, para respetar en lo posible, á pesar de todo, el precepto del art. 1027, dispone el 1029 que, si ya no quedan bienes de la sucesión, ese acreedor aun puede repetir contra los legatarios. Es una confirmación de la preferencia de aquél sobre éstos.

Pero si el administrador paga á un legatario antes que á los acreedores conocidos, ¿qué sucederá? Si sobran bienes para todos, no habrá cuestión. Si algún acreedor sufre perjuicio, puede hacer rescindir el pago. Ciertamente el acto es nulo, como ejecutado contra el precepto de la ley; pero, con relación á los acreedores, creemos que la acción procedente es la rescisoria, porque para él su derecho no arranca precisamente de la nulidad,

sino del perjuicio. Si el acto no les perjudicase, ¿qué conseguirían con probar y obtener esa nulidad? Además, el administrador será responsable de los perjuicios que por su conducta se ocasionen.

Distinguiremos en los párrafos que siguen las reglas referentes al pago de los acreedores y al de los legatarios, y en relación á unos y á otros, como materia común, las relativas á la venta de bienes de la herencia.

III

Pago á los acreedores.

La ley, en el art. 1028, separa el caso en que haya pendiente juicio entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos, de aquel en que no exista juicio pendiente. Nada habla de reducción en caso alguno, pero esta reducción se impone entre créditos de igual clase cuando hubo ese juicio y los bienes de la herencia no alcanzan á pagar á todos los acreedores. También debía imponerse en este caso aun sin mediar juicio.

El Código español, como todos los demás en esta materia, parte de una base que no deja de ser fundada. Al administrador no puede imponérsele la obligación de proceder á una liquidación y graduación de créditos exactamente jurídica, tarea dificilísima que no siempre podría llenar, y aunque tal obligación se le impusiera, ese administrador no podría nunca imponer su criterio á los acreedores, y obligarles á cobrar con arreglo á la graduación por él establecida. Por esto los acreedores son ordinariamente pagados por el orden en que se presentan á cobrar, y cuando ya no hay bienes, se suspende el pago. Pero este principio absoluto que conduce á la injusticia, se halla templado por las tres reglas siguientes, la primera tan natural y lógica, que no se puede por nadie rechazar, y las otras dos deducidas del mismo art. 1028.

1.° Los interesados, todos de común acuerdo, pueden establecer la graduación y forma del pago.

2.º A falta de acuerdo, pueden acudir, caso necesario, á la autoridad judicial para que determine la preferencia.

3.º En todo caso, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se realizará el pago de otro sin previa caución á favor de los acreedores de mejor derecho.

Si, pues, los bienes de la herencia son suficientes para el pago de todos los créditos, como es lo más natural, puesto que la aceptación beneficiaria supone que el heredero espera algún sobrante, no puede existir perjuicio para ningún acreedor, aunque acuda tarde á cobrar. Y si no son suficientes, medios tienen los acreedores para que el perjuicio recaiga sobre quien deba recaer, sin necesidad de imponerse al administrador la confección y la ejecución más ó menos caprichosa de un estado de clasificación y graduación de créditos, con reducción, en su caso, del tanto por ciento con que los acreedores no preferentes del mismo grado deban cobrar.

Hay que tener en cuenta que los acreedores conocidos debieron ser citados para la formación del inventario; que á los de ignorada residencia se les debió convocar por edictos, y que estos medios de publicidad y el tiempo que transcurre hasta la terminación del inventario y el ejercicio del derecho de deliberar, hacen suponer que los acreedores, cuidadosos de sus intereses, conocen la situación de la herencia, y han podido presentar los documentos en que funden su derecho, y obtener su reconocimiento é inclusión en el pasivo de la sucesión, y examinar el inventario terminado, y, en último término, acudir judicialmente para que sus derechos no se burlen, ni se perjudiquen sus intereses.

Esto supuesto, examinaremos brevemente los preceptos de los artículos 1028 y 1029.

a) Juicio pendiente entre los acreedores sobre la preferencia de sus créditos.—Supone el Código que los acreedores han acudido á la autoridad judicial, y que ésta señala el orden y grado en que deben ser pagados. Se trata, pues, de una especie de juicio de concurso entre todos los acreedores, promovido por alguno de

ellos ante la seguridad ó el simple temor de que no alcancen para el pago los bienes de la sucesión. Aquí el juez aprecia los respectivos títulos de cada interesado, los clasifica y gradúa, y señala el orden con que debe proceder el administrador, en virtud de sentencia. La sentencia no puede ser caprichosa, sino que ha de basarse en el Código, cuyos arts. 1921 al 1929 tratan detalladamente de esta materia.

El administrador, por lo tanto, sigue en este caso las reglas naturales del concurso de acreedores; pero establecidas, no por su propia autoridad, sino en virtud de sentencia firme, que para todos los interesados que fueron parte en el juicio tienen fuerza de obligar.

Si algunos acreedores no intervinieron, ni su crédito fué graduado, por no ser conocido, debe culparse á sí mismo. El administrador, pagando en el orden que se señala, no incurre en responsabilidad, y, por tanto, esos acreedores, si no quedan ya bienes de la herencia, sólo tienen un recurso; repetir contra los legatarios, en su caso, con arreglo al art. 1029.

La simple pretensión por un acreedor de que se declare preferente su crédito por la autoridad judicial, no tiene razón de ser, porque el juez sólo puede declarar esa preferencia conociendo la clase y naturaleza de los demás créditos que existan contra la sucesión, y de aquí que el artículo exija una sentencia de graduación que supone ese necesario conocimiento y la concurrencia de dos ó más acreedores. Esto no obsta á que los acreedores obtengan el reconocimiento en la vía judicial de un crédito discutido contra la sucesión.

La preferencia ha de existir desde luego con relación al causante, y con arreglo á la ley. Ni el administrador ni los herederos pueden concederla, ni otorgar una seguridad especial de hipoteca, de prenda, etc., que altere la situación legal de los acreedores al ocurrir el fallecimiento de su deudor. Sería autorizar una injusticia, porque la prelación concedida á algunos significaría la postergación de los otros, con el consiguiente perjuicio.

Los acreedores, como dijimos, pueden continuar contra la herencia las reclamaciones intentadas contra el causante antes de morir éste, puesto que no hay precepto que lo impida, y pueden entablar juicio ejecutivo contra los bienes de la sucesión representada por alguien; pero deben saber que con esto no obtienen tampoco preferencia ni prelación alguna, aun anotado el embargo en el Registro de la propiedad, pues el art. 44 de la ley Hipotecaria, conforme con lo preceptuado en el 1923, número 4.º, del Código, determina que esos créditos sólo obtienen la prelación que les corresponda según su naturaleza y fecha, esto es, que sólo se prefieren á otros créditos posteriores de igual clase.

El importe de los créditos aun no vencidos ó condicionales se apartará en el orden que proceda y quedará en depósito.

Los herederos ó el administrador que al mismo tiempo sean acreedores, ocuparán el lugar que les corresponda.

Refiriéndonos al comentario de los arts. 1921 á 1929, nada debemos añadir.

b) Acuerdo de los interesados.—El juicio entre los acreedores constituirá siempre una excepción. Los acreedores conocidos cuyos créditos estén aceptados, pueden reunirse, y extrajudicialmente por sí mismos ó valiéndose de abogados, árbitros ó amigables componedores, pueden establecer el orden y graduación en que ha de realizarse el pago. Hecho constar el acuerdo en escritura pública, ó en sentencia arbitral ó amigable, y entregada al administrador, éste ejecutará lo acordado, sin que se observe dificultad alguna.

Tanto en este caso, como en el anterior, el administrador está obligado á seguir en el pago el orden marcado en la sentencia ó el acuerdo. Si no lo sigue, y por ello se ocasionan perjuicios, el acreedor perjudicado podrá hacer rescindir los pagos indebidamente hechos, y reclamar indemnización contra el administrador.

c) No existencia de juicio ni de acuerdo entre los acreedores.—Rige el párrafo segundo del art. 1028.

«Los acreedores serán pagados por el orden en que se presenten.» Esta regla por sí sola constituiría un absurdo. Supongamos un activo de 10.000 pesetas y un pasivo de 15.000, repartido en cuatro créditos escriturarios de 2.000, 1.000, 3.000 y 9.000 pesetas respectivamente por orden de su fecha ó antigüedad. Se presenta primero el acreedor más moderno, y cobra íntegramente sus 9.000 pesetas; al que se presente después se le entregarán las 1.000 restantes, y los demás no cobran á pesar de ser sus créditos preferentes con arreglo al derecho común.

Pero este absurdo no debe ocurrir nunca, porque aparte de todo acuerdo y de todo juicio entre los acreedores, el art. 1028 dice: «*constando* que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución á favor del acreedor de mejor derecho.»

¿Cómo se entiende que debe constar al Administrador la prerencia? Al administrador no le impone la ley la obligación de averiguar los créditos que jurídicamente merecen prelación, y sin embargo, no siendo lo normal que exista gran complicación que dificulte el examen, es lo cierto que en la generalidad de los casos, el mismo administrador puede fácilmente adquirir el convencimiento de que tal crédito es preferente á otros, y guardar el orden debido.

Hay además créditos especiales cuya prelación, con relación á determinados bienes muebles ó inmuebles del deudor, se impone por sí misma. Tales son los créditos asegurados con prenda, ó con hipoteca, ó anticresis inscrita, y los refaccionarios anotados. En vano podrá pretender el administrador su postergación, aunque alegue ignorancia. Que los salarios de los criados y los gastos de entierro y última enfermedad, son preferidos á las deudas procedentes de préstamos; que entre varios créditos escriturarios se atiende á su fecha ó antigüedad, son cosas que el administrador las debe saber, ó puede saberlas fácilmente, si quiere desempeñar su cargo con justicia y acierto. Todos los créditos conocidos, su fecha, y la razón en que se fundan, deben constar en el inventario.

Pero para que el administrador no pueda ni aun alegar que ignora la preferencia, y que no está obligado á saberla, ni á reconocerla, los mismos acreedores interesados en hacerla constar deben dársela á conocer. ¿Podrá el administrador alegar que no le constaba la prelación, cuando se pruebe que se reclamó á tiempo sobre ella extrajudicialmente? No lo creemos. Es más: probándose de cualquier modo que por algún concepto le constaba al administrador la prelación, el precepto ha de cumplirse, y la preferencia se debe respetar; siempre, es claro, que se trate de hechos indudables, no de preferencias dudosas: de razones indiscutibles fundadas en la ley, y no de pretensiones cuestionables del acreedor.

Exige la ley que se dé caución en favor del acreedor de mejor derecho. Esta caución no se impone al administrador, sino al acreedor á quien se paga antes habiendo otros preferentes: tal es al menos la interpretación más racional. Ese acreedor podrá, pues, optar entre esperar su cobro cuando le corresponda, ó dar caución, ya que él percibe utilidades que tal vez no llegue á tener derecho de percibir. La caución no puede ser una simple obligación ó promesa de devolver, caso necesario, sino una verdadera fianza ó garantía, real ó personal constituída ésta por un tercero de conocida responsabilidad. Sin este requisito el pago no se debe efectuar, y si se efectúa, sin perder el tercer acreedor su preferencia en relación al que cobró podrá reclamar también los perjuicios sufridos, contra el administrador.

Todo lo expuesto es bajo la base de no ser suficientes los bienes para el pago de las deudas, pues si lo fuesen, no hay peligro en pagar á los acreedores por el orden con que se vayan presentando, salvo el derecho de los no conocidos que se presenten después á reclamar contra los legatarios.

Las cantidades correspondientes á los acreedores cuyos créditos no hayan vencido, quedarán en depósito hasta que llegue el día en que deba verificarse la entrega; mas será preciso que conste su preferencia, ó que se presenten oportunamente á hacer valer su derecho.

Los herederos acreedores siguen la regla general. El administrador que fuere acreedor, cobrará como los demás pagándose á sí mismo, y prestará caución, caso necesario. No debe proceder la compensación, porque el administrador debe cobrarlo todo reuniendo la masa activa, para realizar después los pagos según proceda. Si el acreedor que debe á la herencia tiene derecho al cobro, una vez que conste su crédito líquido á percibir, y su derecho por presentarse oportunamente, podrá, si no pagó, obtener esa compensación, mas de ordinario deberá pagar antes, y cobrar cuando le corresponda.

En cuanto á los acreedores no conocidos que se presenten después, pierden la preferencia que pudiera corresponderles, puesto que no constaba, y cobrarán, si hay bienes, cuando se presenten, ó tomarán la parte que reste del caudal. Si nada resta, ó en cuanto les falte, sólo pueden repetir contra los legatarios, y ya sabemos que, según el criterio de la ley (art. 891), éstos sólo responden á los acreedores á prorrata, ó en proporción al importe de sus respectivos legados, no pudiendo por tanto reclamarse el importe total del crédito contra un solo legatario. Su responsabilidad no es solidaria, sino mancomunada.

Antes de terminar el período de administración, las reclamaciones se harán al administrador. Pagados ya todos los acreedores conocidos y los legatarios, las reclamaciones han de hacerse á los herederos, los cuales responderán á esos acreedores tardíos con sus propios bienes y con los de la herencia, si quedaron, puesto que ya se realizó la confusión, pero sólo hasta donde alcance el valor de los que recibieron en la sucesión, como aceptantes á beneficio de inventario.

Puede dudarse, en vista del art. 1029, si los mismos acreedores, al repetir contra los legatarios, deberán justificar previamente que no quedan en la herencia bienes suficientes para pagarles, ó si serán los legatarios los que en su caso, al oponerse, deberán probar que quedan bienes bastantes en todo ó en parte. Creemos lo primero lo más natural y lo más conforme á la letra y espíritu del art. 1029. El pago á los legatarios cuando no cons-

taba la existencia de otros créditos, es un acto válido, el acreedor perjudicado ha de pedir la rescisión, y la rescisión sólo procede cuando se prueba que el interesado no puede de otro modo cobrar lo que se le debe. Ha de justificarse, por tanto, que no quedan bienes de la herencia en poder del administrador ó de los herederos, probando con ello la necesidad y procedencia de la acción.

Esta acción, como rescisoria, debe durar cuatro años, salvo las prescripciones de la ley Hipotecaria.

IV

Pago á los legatarios.

Si los bienes alcanzan para el pago de los legados, han debido conservarse las cosas muebles ó inmuebles, especialmente legadas por el testador, excluyéndolas de la enajenación que puede haber sido necesaria para pagar á los acreedores.

El Código, en los artículos que examinamos, nada dice sobre el modo de pagar á los legatarios. La única regla es la que prohibe satisfacer los legados hasta que se hallen pagados todos los acreedores conocidos. Pero el art. 887 determina el orden que debe seguirse cuando los bienes de la herencia, ó la parte que de ellos reste, no alcancen á cubrir todos los legados.

Si, pues, hay bienes suficientes para cubrir las mandas, no hay inconveniente en pagar á los legatarios conforme se vayan presentando, por analogía con lo preceptuado en el art. 1028. Si los bienes no alcanzan, el administrador debe aplicar el artículo 887, á cuyo comentario nos remitimos.

Téngase presente que, aceptada la herencia á beneficio de inventario, los herederos forzosos no pierden el derecho á su legítima. De modo que una vez pagados los acreedores ó deducidas las deudas, hay que aplicar el art. 818 para conocer la porción forzosa y la parte libre. Véase también el comentario del artículo 655.

V

Venta de bienes de la herencia para pagar deudas y legados.

No es ciertamente lo más común en una sucesión que haya metálico suficiente para el cumplimiento de todas las cargas que no consistan en especie, y por otra parte, ni los acreedores ni los legatarios de cantidad en dinero pueden ser obligados á cobrar en otra clase de bienes de la herencia. De aquí la frecuente necesidad de enajenar esos bienes, consistan en frutos, muebles ó inmuebles, á fin de obtener en su equivalencia metálico suficiente para realizar el pago á los representantes del pasivo de la sucesión.

El administrador verificará la enajenación; mas como no se trata de un acto de simple administración, necesita cumplir determinadas formalidades que exige el interés de los acreedores y legatarios, y el de los mismos herederos. Estas formalidades son las establecidas en los arts. 1023 al 1028 y 1030, 1031 y 1032 de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á los abintestatos y testamentarías, según claramente lo dispone el art. 1030 del Código.

Conforme á estas disposiciones, la enajenación ha de verificarse en pública subasta, para la que sirve de tipo el avalúo de los bienes que han de enajenarse, practicado por peritos elegidos por el juez, si no lo hubiese sido anteriormente, sin que se admita postura inferior al tipo señalado.

También resulta que las formalidades para la venta, cuando no media el acuerdo unánime de los herederos, acreedores y legatarios, con capacidad para prestarlo, son dos esenciales: la autorización judicial y la subasta pública.

La primera se exige para que la enajenación de bienes sólo se efectúe cuando sea necesario ó conveniente, atendiendo á los intereses de los acreedores, de los herederos y de los legatarios, debiendo cuidarse respecto á éstos que no sean vendidos aquellos objetos especialmente legados por el testador, mientras exis-

tan otros bienes que puedan venderse y alcancen para pagar á los acreedores.

Como se deduce del núm. 2.º del art. 1024 del Código, el juez, al conceder la autorización, acordará el destino que debe darse al precio que se obtenga.

La subasta pública atiende á obtener en la enajenación la mayor utilidad posible en beneficio de todos.

Aunque los herederos ó alguno de ellos sean menores de edad, ó estén incapacitados, no por ello han de exigirse más ni menos formalidades. La autorización judicial hace innecesaria la del consejo de familia. Por otra parte, no se trata sólo del interés de esos incapacitados, sino también del de los acreedores y legatarios, por lo que la autorización del juez no es sustituible por otra.

En el caso del art. 1028 de la ley de Enjuiciamiento civil, el juez tendrá en cuenta la circunstancia de existir herederos menores ó incapacitados, al disponer lo que crea más conveniente con relación á la enajenación de los bienes.

La escritura de venta, en su caso, se otorgará por el administrador, haciéndose constar el documento en que funde su personalidad y el cumplimiento de las formalidades legales.

El art. 1030 del Código reconoce que en ciertas ocasiones la necesidad de la autorización judicial y el requisito de la subasta pueden representar más bien un perjuicio que un beneficio para la herencia; por los gastos que ha de producir, que necesariamente han de gravar la sucesión, y por las dilaciones que lleva consigo, y de aquí sus últimas palabras; «Salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa».

Si se presentan circunstancias ventajosas para la enajenación, si se hacen proposiciones aceptables, todos los herederos, acreedores y legatarios pueden convenir en que la venta se realice desde luego privadamente; esto es, sin autorización judicial y sin subasta. También pueden acordar la subasta extrajudicial, ó lo que juzguen más conveniente, pues la ley no pone trabas á su voluntad. Pero es necesario que estén conformes en la so-

lución *todos* los herederos, *todos* los legatarios y *todos* los acreedores conocidos. Si alguno no cree conveniente el medio propuesto, no habrá acuerdo, y se impondrán los trámites marcados en la ley de Enjuiciamiento civil. En el documento de venta que se otorgue ha de constar, por tanto, el consentimiento ó conformidad de todos los interesados. No estimamos válido el acuerdo de la mayoría.

También han de guardarse en su caso las formalidades legales, si hubiese herederos menores de edad ó incapacitados; pues el consentimiento unánime de todos los interesados no basta á suplir el defecto de esas formalidades exigidas por la ley en interés público.

Así se desprende naturalmente de los principios generales de derecho, y así se deduce de la doctrina expuesta en el primer considerando de la resolución de la Dirección de los Registros de 3 de Abril de 1899, según el cual, habiendo herederos menores de edad, no representados por su padre, sino por un defensor, es imprescindible el requisito de la autorización judicial y de la subasta pública, y con mayor razón aun en el caso que motivó dicha resolución, caso en el cual no prestaron su conformidad con la enajenación los acreedores y legatarios, ó no constaba al menos que hubiese mediado ese requisito.

La ley, cuando falta metálico para el pago á acreedores ó legatarios, autoriza la *venta* de bienes. Para constituir hipotecas ú otros derechos reales, deberá mediar también el acuerdo de *todos* los interesados; con este acuerdo no será necesaria, siendo capaces los herederos, la autorización judicial. La hipoteca constituye un grave peligro, y ni dicha ley ni el Código autorizan su constitución.

La resolución de 16 de Mayo de 1896, dictada por la Sección de los Registros del Ministerio de Ultramar, dando por supuesto que durante el estado de administración de la herencia, no sólo pueden los acreedores y con mayor motivo la Hacienda pública reclamar el pago de sus créditos, sino también proceder al embargo y venta de bienes de la sucesión hasta obtener el cobro,

sentó la siguiente doctrina: 1.°, que para el pago de débitos de la contribución no satisfechos voluntariamente, es procedente el procedimiento de apremio seguido con arreglo á la Instrucción vigente en la materia, no siendo aplicable el art. 1030 del Código civil; 2.°, que el administrador nombrado por el juez representa á la herencia legalmente, y en su rebeldía, es válida é inscribible la escritura de venta de los bienes otorgada por un administrador de rentas, agente ejecutivo, ú otro representante de la Hacienda.

No pretendemos negar que esta resolución deje de apoyarse en la ley. Pero ¿no es cierto que la doctrina repugna un tanto al espíritu que informa todas las disposiciones relativas al beneficio de inventario? Bueno que los acreedores reclamen sus créditos durante el estado de administración de la herencia; mas una vez reconocidos y aceptados como ciertos y seguro el cobro en su día, ¿á qué conduce la innecesaria perturbación de hacer vender el acreedor, sólo en su propio beneficio, y en perjuicio de todos los demás interesados, judicial ó administrativamente, los bienes de la sucesión? ¿No sería preferible obligar á ese acreedor á esperar su turno, igualándole con los demás y concediéndole solamente la preferencia que con arreglo á la ley le correspondiese?

VI

Entrega á los herederos del remanente de los bienes.

Pagados todos los acreedores y legatarios, si aun quedan bienes de la herencia, éstos pasan en plena propiedad al heredero ó herederos, con arreglo al párrafo 1.° del art. 1032.

Entonces se realiza la confusión de patrimonios, y el heredero libremente puede vender esos bienes, hipotecarlos, pagar con ellos á sus acreedores particulares, etc.

Si subsiste un derecho de nuda propiedad del causante, y el usufructo pertenecía al heredero, se realiza en su persona la consolidación, y lo mismo en caso de servidumbre, censos, etc.

Para los acreedores antes no conocidos que reclamen después el pago de algún crédito, el heredero, aun realizada la confusión de patrimonios, sólo responde con el valor de los bienes que como remanente recibió.

VII

Cuentas de la administración.

Luego que sean pagados todos los legatarios y acreedores conocidos, y entregado en su caso el remanente á los herederos, cesa el estado de administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario, y el administrador debe dar cuenta de su gestión á los interesados. Estos interesados son distintos según las circunstancias.

Si el administrador ha sido una persona extraña y los acreedores y legatarios han sido todos pagados, las cuentas se rinden á los herederos. Si algunos de los legatarios ó acreedores no han cobrado en todo ó en parte, las cuentas se rinden á esos acreedores y legatarios. Así lo disponen los arts. 1031 y 1032, sin dar expresamente intervención á los herederos en este segundo caso. Sin embargo, como realmente son interesados, no puede negárseles el derecho de examinar y censurar las cuentas, y habrá de admitírseles como parte legítima en ese incidente, cuando lo soliciten. En cuanto á los acreedores y legatarios que cobraron por completo, se comprende su falta de interés.

Si el administrador es uno de los herederos, han de seguirse las mismas reglas expresadas anteriormente.

Por último, si el administrador fué el heredero único ó todos los herederos, no tendrán que rendir cuentas más que á los acreedores ó legatarios que no hubiesen cobrado por completo, pues si todos cobraron, el interés queda reducido á los mismos administradores. Por esto ordena el art. 1032, que «pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia», sin imponerle la obligación de rendir cuentas, cuando el mismo heredero hubiese sido el administrador.

De los arts. 1031 y 1032, que para nada se refieren á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, se deduce también que la cuenta ha de ser una sola, y que se rinde al terminar la administración.

Si el administrador es el albacea, debe rendir cuentas bajo el doble carácter que ostenta y con arreglo á los arts. 907, 1031 y 1032.

Estas cuentas puede presentarlas directamente el administrador á los interesados sin intervención alguna de la autoridad judicial, ya porque los artículos que examinamos no lo ordenan, ni se refieren, como hemos dicho, á la ley de Enjuiciamiento civil, ya porque se trata de un acto que no excede las facultades de simple administración. Sin embargo, cuando por cualquier motivo no pueda el administrador entenderse amistosamente con los interesados, podrá presentar las cuentas al juzgado para que se pongan á éstos de manifiesto, y se les convoque á junta, á fin de que resuelvan sobre su aprobación. Este procedimiento podrá ser de jurisdicción voluntaria, mientras no haya oposición conforme á los arts. 1811 y siguientes de la ley antes citada.

Los interesados, examinando las cuentas presentadas por el administrador, las aprobarán ó no, según lo estimen justo, y exigirán en su caso la responsabilidad procedente por los perjuicios causados á la herencia por culpa ó negligencia de su representante. Todas estas cuestiones se decidirán por la autoridad judicial.

Los perjuicios causados á la herencia se traducen en perjuicios causados á los herederos, ó á los acreedores, ó á los legatarios, bien por pérdida ó menoscabo de los bienes, ó por no haberse sujetado el administrador á las prescripciones legales en las enajenaciones, arrendamientos, etc.

Pero es preciso, como dice el art. 1031, que esos perjuicios sean ocasionados por culpa ó negligencia del administrador. Véase el comentario de los arts. 1104 y siguientes.

Si el administrador no rinde cuentas, los interesados podrán exigírselo judicialmente, debiendo señalarse un plazo para ello.

La aprobación de las cuentas supone el desprendimiento del derecho de exigir el administrador toda reclamación por cualquier concepto, por lo cual, habiendo interesados menores de edad ó incapacitados, deben guardarse las formalidades propias para la enajenación de bienes ó derechos de los mismos.

VIII

Cuestiones.

Terminado el comentario de los arts. 1026 al 1032, nos ocuparemos de algunas otras cuestiones de carácter más general relacionadas con los mismos.

a) Los preceptos de la ley son perfectamente aplicables cuando hay un solo heredero, ó todos aceptan á beneficio de inventario; mas si unos aceptan con este beneficio y otros puramente, ¿se entenderán separados para todos los interesados el patrimonio del causante y el de los herederos? ¿Quién administra y quién representa la sucesión? ¿Contra quién y cómo han de reclamar los legatarios y acreedores? ¿Cómo se venden los bienes hereditarios? ¿A quién han de rendirse las cuentas de la administración?

El inventario comprende todos los bienes y cargas de la sucesión, y ha de formarse precisamente aun cuando sólo un heredero acepte con beneficio de inventario. Si los herederos hubiesen procedido á la partición, no cabe duda de que los bienes determinados correspondientes al heredero puro y simple se confundirían con su patrimonio particular, y los bienes determinados correspondientes al heredero beneficiario permanecerían separados. Creemos que lo mismo ha de entenderse en el estado de indivisión. Cada aceptación sigue sus reglas propias y especiales con independencia; las dificultades prácticas de esta solución no pueden motivar un resultado distinto.

De los bienes comprendidos en el inventario sólo la participación indivisa correspondiente al heredero beneficiario constituirá un patrimonio separado; la participación correspondiente

al heredero puro y simple se entenderá confundida con el resto de los bienes particulares de ese heredero para toda clase de efectos.

El administrador administra y representa la participación que en los bienes pertenece á los herederos beneficiarios, como si habiendo un solo heredero el caudal estuviese formado solamente por porciones indivisas de fincas ú objetos. El resto no necesita administrador: tiene su propietario sin limitación.

Los acreedores y legatarios pueden reclamar contra el heredero ó los herederos puros y simples, ó contra los herederos beneficiarios, con arreglo á los arts. 1082 al 1085, siempre con la independencia que impone una y otra forma de aceptación; mas con relación á la parte de los herederos beneficiarios, el pago se efectúa siguiendo las reglas prefijadas en los arts. 1027 al 1029.

Las participaciones indivisas correspondientes á los herederos beneficiarios se venden en la forma espresada en el artículo 1030; las de los herederos puros y simples siguen las reglas generales á su respectiva capacidad de obrar.

Por último, las reglas relativas á la rendición de cuentas son las expresadas. Los herederos puros y simples son extraños á la administración especial de que tratan los arts. 1026 al 1032, sin perjuicio de su derecho cuando el administrador se extralimite en sus funciones, extendiéndolas á bienes ó parte de bienes no pertenecientes á los herederos beneficiarios.

b) Concluído el inventario y aceptada con este beneficio la herencia, ¿puede procederse á la partición entre los herederos antes de que termine el período de administración?

Creemos evidente la afirmativa, siempre que se practique la partición con el asentimiento ó intervención de los acreedores del causante, con arreglo al art. 403, ó cumpliendo lo preceptuado en el 1082. Los 1051 y 1052 se expresan en términos absolutos, medie ó no aceptación á beneficio de inventario, y esté ó no la herencia en estado de administración. Puede hasta ser conveniente la partición cuando unos herederos hayan aceptado pura y simplemente, y otros á beneficio de inventario. Los acree-

dores del heredero beneficiario tienen sólo el derecho que les reconoce el art. 1083.

c) Si hubiese necesidad de transigir derechos de la herencia, ¿quién representa á ésta? ¿Con qué formalidades se llevará á efecto la transacción?

La administración no se extiende á este particular. La transacción exige la intervención de los herederos, pero pudiendo perjudicarse los intereses de los acreedores y legatarios cuando la herencia se aceptó á beneficio de inventario, siguiendo el criterio de la ley que asimila el acto á una verdadera enajenación, deberá exigirse, por analogía con lo dispuesto en el art. 1030, ó el acuerdo de *todos* los interesados, ó la intervención judicial, bien autorizando bajo determinadas bases la transacción, bien aprobándola.

d) ¿Puede el heredero beneficiario abandonar los bienes á los acreedores y legatarios?

Expresamente conceden esta facultad los Códigos de Bélgica, Francia, Chile y otros. El nuestro nada expresa concretamente sobre el particular, pues el art. 1001 se refiere á un caso muy distinto.

No obstante, el art. 1175 permite á todo deudor ceder sus bienes á sus acreedores en pago de deudas. Ahora bien: como una vez aceptada la herencia á beneficio de inventario los acreedores y legatarios sólo pueden alegar derecho en cuanto al importe de los bienes de la sucesión, cedidos éstos en su totalidad, en nada se les perjudica, y no hay razón ni precepto legal para privar al heredero beneficiario de la facultad que á todo deudor concede dicho artículo, aunque se opongan los acreedores y legatarios, puesto que se les ceden todos los bienes á que tienen derecho.

Así lo reconoce también expresamente el art. 1053 de la ley de Enjuiciamiento civil. Según él, «las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores ó en quiebra, en los casos en que así proceda respecto á los particulares; y si lo fueren, se sujetarán á los procedimientos de estos juicios».

mos, pues, incuestionable, que el heredero que hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, sin que obste para nada esta aceptación, puede hacer la cesión de los bienes de la herencia á favor de los acreedores y legatarios, cuando lo estime conveniente, solicitando del juzgado la declaración, en concurso ó en quiebra, según los casos, de la testamentaría ó del abintestato, siempre que concurran los requisitos que para esos juicios exige la ley de Enjuiciamiento civil. También podrá solicitarlo cualquiera de los acreedores.

No podrá ser así cuando el heredero hubiere aceptado la herencia pura y simplemente. Como en este caso el heredero responde de las deudas y legados con sus propios bienes, si no son suficientes los de la herencia, no procede declarar á ésta en concurso ó en quiebra: tal declaración podrá recaer contra el heredero.

Hecha aquella declaración, como los procedimientos han de sujetarse á los del nuevo juicio, cesará el administrador de la herencia, si se hubiere nombrado, y rendirá su cuenta á quien tenga la representación del concurso ó de la quiebra. En este mismo juicio se resolverán las cuestiones que se susciten sobre reconocimiento y graduación de créditos.

Concordancias.—Análogas reglas que las establecidas en los artículos 1026 al 1032 del Código español establecen los artículos 803 al 809 del Código francés; 964, 969 y 973 al 976 del italiano, y 2055 al 2061 del portugués.

Argentina, salvo ligeras modificaciones, consigna parecidas disposiciones acerca del pago de los acreedores y legatarios en sus arts. 3430 al 3437.

El de Bolivia, más concisamente, determina en sus artículos 564, 566 á 568 las medidas que se deben adoptar para la satisfacción de los créditos testamentarios.

Chile, Colombia, Ecuador y el Salvador carecen de concordantes directos, tanto en las reglas relativas á la herencia, como en las disposiciones atinentes al beneficio de inventario.

Tampoco Guatemala y Perú consignan disposición concordante alguna sobre la materia.

Honduras copia literalmente al Código español en sus artículos 1149 al 1155.

El Código de la República Oriental concuerda íntimamente con las disposiciones expuestas del español en sus arts. 1068 al 1074.

Méjico asigna numerosas reglas respecto á la liquidación de la herencia, estableciendo la consiguiente gradación entre las deudas llamadas mortuorias, gastos causados por la misma herencia, créditos alimenticios, deudas hereditarias y pago de legados, en la misma forma que nuestro Código (artículos 3774 á 3787), y Venezuela breve y sucintamente señala los principios relativos al pago legítimo de acreedores ó legatarios (arts. 949 á 951).

ARTÍCULO 1033

Las costas del inventario y los demás gastos á que dé lugar la administración de la herencia aceptada á beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo ó mala fe.

Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del dorecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia.

El precepto de este artículo exige poca explicación.

Puesto el párrafo segundo, después de la excepción á la regla del primero, puede dudarse si las palabras: «Lo mismo se entenderá», aluden á la regla ó á la excepción, y, por tanto, si los gastos que ocasione el derecho de deliberar cuando el heredero repudia la herencia, son á cargo del heredero ó á cargo de la sucesión. Sin embargo, el espíritu del precepto es claro. El derecho de deliberar y la aceptación ó renuncia posterior, sgún el resultado del inventario, representan el ejercicio de un dere-

cho para el heredero, y el ejercicio de un derecho no puede equipararse al dolo ó á la mala fe.

Este dolo ó mala fe es lo único que constituye una excepción para el legislador y se castiga imponiendo las costas al heredero, y aun para ello se exige condena personal en virtud de sentencia. Al texto de ésta ha de atenerse el administrador, sea ó no el mismo heredero, para no incluir indebidamente en las cuentas, gastos ó costas que no son de cargo de la sucesión, sino que el heredero ha de abonar con sus propios bienes.

Concordancias.—Concuerda el art. 1033 con el 810 del Código de Francia, 978 del de Italia y 2063 del Código de Portugal.

Concuerda también, en principio, con los arts. 3419 y 3420 del Código de la Argentina, y 569 del de Bolivia, literalmente con el art. 1156 del de Honduras, y 952 y 953 del de Venezuela, que disponen que los gastos de inventario y rendición de cuentas son de cargo de la herencia, y que el heredero que haya seguido un pleito temerario será condenado personalmente en las costas.

ARTÍCULO 1034

Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada por éste á beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios; pero podrán pedir la retención ó embargo del remanente que pueda resultar á favor del heredero.

Separados el patrimonio del causante y el del heredero por virtud de la aceptación á beneficio de inventario, los acreedores particulares de ese heredero no tienen derecho alguno sobre los bienes del causante, hasta tanto que resulten pagados todos los acreedores de la herencia y los legatarios, ó cumplidas todas las cargas hereditarias ó testamentarias de la sucesión. De aquí el precepto del art. 1034.

Si después de satisfechas esas cargas, no restan bienes para

el heredero, la herencia no ha existido para sus acreedores particulares; conservan los derechos que tenían, que sólo pueden hacer efectivos sobre los bienes especiales de su deudor.

Hasta pagar todos los acreedores del causante y los legatarios, no puede saberse exactamente lo que quedará, ni aun si quedará algo. Pero si algo quedare, ese algo pertenece al heredero, entra en la garantía que corresponde á sus particulares acreedores. Por eso el art. 1034 permite á esos herederos ejercitar el único derecho que pueden alegar y necesitar, antes de ser pagados los acreedores de la herencia y los legatarios, para asegurar el cobro de sus créditos: pedir la retención ó embargo del sobrante *que pueda resultar* á favor del heredero.

Una vez pagados los acreedores y legatarios, si hay sobrante, ya se determina cuál sea y en lo que consiste, y se siguen las reglas generales de las relaciones entre deudor y acreedor.

Considerándose ya el heredero dueño del remanente de los bienes, puede pagar con ellos á sus acreedores, concederles hipoteca ú otra garantía, etc. Si en tal situación se presenta otro acreedor del causante antes no conocido, la ley le concede desde luego preferencia sobre ese remanente, de modo que hasta donde alcance su valor puede reclamar contra los bienes propios del heredero, ó interponer tercerías de mejor derecho.

Si el heredero fuese insolvente, aun tendría derecho ese acreedor á rescindir, dentro de los límites marcados, los actos de enajenación ó gravamen realizados por el heredero en perjuicio del acreedor, en los plazos y con los requisitos marcados por la ley.

Según los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, el heredero beneficiario que opusiere á una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios, ó la porción de ellos que le hubiere cabido, deberá probarlo presentando á los demandantes una cuenta exacta, y en lo posible documentada, de todas las inversiones hechas. Esta doctrina es conforme á las reglas generales de nuestra legislación.

Concordancias.—Como anteriormente decimos, los Códigos de Chile (art. 1263) Colombia (art. 1320) Ecuador (art. 1253) y Salvador (art. 1202), establecen una regla general respecto al pago de deudas por el heredero, conforme con las establecidas en nuestro derecho.

Honduras, en su art. 1157, sigue fielmente á su concordante del Código español, Uruguay en el segundo párrafo de su artículo 1073, reproduce, casi literalmente, las disposiciones antes indicadas de los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Salvadoreño. Venezuela, en su art. 948, designa las medidas de garantía que se pueden adoptar para el pago de acreedores y seguridad de los interesados.

CAPÍTULO VI

DE LA COLACIÓN Y PARTICIÓN

SECCIÓN PRIMERA

DE LA COLACIÓN

I.—Ideas generales.

La palabra *colación* se emplea jurídicamente en diversos sentidos. La generalidad de los Códigos modernos, á más de incurrir en esta ambigüedad, no están conformes entre sí. Los escritores no han podido encontrar una norma fija, y en su mayor parte no han llegado á penetrarse de lo que la colación de bienes significa. De aquí las siguientes palabras del autor italiano Cesare Losana:

«Pocas instituciones jurídicas ofrecen dificultades semejantes á las que presenta la colación: las vicisitudes experimentadas en el derecho romano; la diversidad de conceptos con que aparece en las costumbres francesas y en el Código de Napoleón; la impropiedad de las expresiones adoptadas por el legislador patrio en muchos de los artículos dedicados á tratar de la colación, y al tratar al mismo tiempo de ésta y de otras institucio-

nes afines; la confusión introducida en la doctrina por los escritores; la delicadeza intrínseca de la materia: todo contribuye á hacer peligroso y arduo el comentario de esta parte tan importante del derecho sucesorio; todo recomienda al comentarista proceder con la más exquisita circunspección si no quiere desviarse del camino derecho y perderse en un inextricable laberinto.»

En comprobación de esta verdad citaremos brevemente lo que por colación se entiende en varias legislaciones, y cómo ha sido definido este derecho por varios escritores.

En derecho *romano*, la colación de bienes fué introducida por el derecho pretorio para suavizar equitativamente el rigor del derecho civil. Según éste, los hijos emancipados, por el solo hecho de la emancipación, perdían el carácter de herederos suyos y necesarios *(suus hœres)*, y también el de *agnados*, por lo cual no tenían derecho á la herencia intestada del padre, y en la testamentaria eran considerados como extraños, de suerte que bastaba la preterición para que no fuesen partícipes de ella. Pareciendo injusto este rigor de la ley, el Pretor la modificaba á instancia de dichos hijos, dándoles la *bonorum possessio contra tabulas* en la herencia testada, y en la intestada la *bonorum possessio undè liberi*, por cuyo medio concurrían á la sucesión del padre con los hijos no emancipados, que eran los que conservaban el concepto de herederos suyos y necesarios.

Mas con esto sólo no se igualaba la condición de los hijos, que era el objeto. En el rigor del derecho que entonces regía en Roma, era para el padre cuanto adquirían los hijos que estaban bajo su potestad, con exclusión tan sòlo de los peculios castrense y cuasicastrense, confundiéndose con el caudal de aquél lo adquirido por éstos, y de todo ello participaban los emancipados que concurrían á la sucesión del padre común, al paso que aquéllos no participaban de lo que éstos adquirían, porque era suyo, inclusas las donaciones del mismo padre. Para corregir la injusticia de tan notoria desigualdad, se introdujo también por el Pretor la colación de bienes, imponiendo á los emancipados, que

querían concurrir con sus hermanos á la herencia del padre, la obligación de colacionar ó traer á la masa común de los bienes todo lo que, en el caso de haber permanecido en poder del padre, hubiera á éste correspondido.

Este fué el origen de la colación de bienes en el derecho romano, y su fin el ya indicado, de guardar la igualdad posible entre los hijos que concurrían á la herencia del padre común. Este mismo principio prevaleció en las disposiciones dictadas después por los Emperadores para aclarar dudas ó suplir deficiencias, como puede verse en las leyes 1.ª del tít. 6.º y 1.ª del tít. 7.º, libro 37 del Digesto. Y por último, Justiniano, en las leyes 17 y 19, tít. 20, libro 6.º de su Código, hizo extensiva la colación á los descendientes de cualquier grado y sexo; por la dote, donaciones y demás que hubieren recibido ellos mismos, ó la persona á quien representasen, del padre ó de la madre, ó del ascendiente á quien sucedían, tanto en la herencia abintestato, como en la testamentaria, salvo el caso en que el testador le hubiere prohibido expresamente.

Los principios del cerecho romano sobre esta materia han sido también la base del nuestro y del de otras naciones, por las razones de justicia y de equidad en que se fundan, como luego veremos.

En el derecho *francés*, *todo heredero abintestato* está obligado á colacionar en la partición; para dividirlo con los demás con igualdad, cuanto hubiese recibido del causante durante su vida por título gratuíto, no pudiendo retener sólo para sí ni aun los legados, á no constar la expresa voluntad en contrario del causante.

La colación en el derecho *italiano* tiende á perfeccionar, á coronar la igualdad con que el *padre de familia* llama á su sucesión á sus *descendientes legítimos*, obligando á éstos, cuando son coherederos, á manifestar ó agregar á la masa hereditaria las donaciones que de aquél recibieron en vida, para que, hecho todo un cuerpo, se reparta entre todos con igualdad.

En *nuestro derecho antiguo*, sólo los hijos y demás descendien-

tes legítimos tenían la obligación de colacionar, no para dividirse por partes iguales lo colacionado, sino para que ninguno de ellos fuese perjudicado en su legítima. Mas por el nuevo Código, la colación se impone no sólo á los descendientes legítimos, sino á *todos los herederos forzosos*, y su objeto es computar lo recibido por título gratuíto en vida del causante *en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*, como dice el art. 1035.

En análogo sentido se expresa el Código de *Méjico.*

El de *Guatemala* nada habla de legítimas en esta ocasión, y ordena la colación ó agregación de las donaciones á la masa hereditaria para obtener *en la partición* la igualdad de cuotas entre los *hijos* y *descendientes*, únicos obligados á colacionar.

Escriche define la colación: «La manifestación que en la partición de una herencia hace el hijo ú otro descendiente legítimo que sea heredero, de los bienes que recibió del caudal paterno ó materno, en vida de sus padres, para que, acumulándose en la masa y contándosele como parte de su *legítima*, se haga la división con la debida igualdad entre *todos los herederos.*» Como se ve, supone esta definición que lo recibido de los padres es siempre menor que la legítima, y puede imputarse en ella. En la frase última, «todos los herederos», á no incidir en un gran error, ha de sobreentenderse que trata sólo de herederos descendientes legítimos.

Goyena se limita á decir que «la colación tuvo por objeto al igualdad entre los hijos, pues se presume haber sido ésta la voluntad del difunto, si no lo manifestó en contrario». En otro lugar dice: «La colación tiene por objeto formar una sola masa de los bienes existentes á la muerte del padre, y de los donados por él en vida».

La *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, por el eminente jurisconsulto Sr. Arrazola, en la pág. 531 del tomo XI, publicado en 1857, y por consiguiente antes del Código civil, dice: «*Colación de bienes.*—El acto en virtud del cual los descendientes, que concurren á partir la herencia de un ascendiente, llevan á la masa común los bienes que de él recibieron, para

que la división se verifique con arreglo á las leyes y á la voluntad de los testadores». Esta definición nos parece la más exacta y clara de todas. Y añade: «Su objeto es, que ninguno de los descendientes sea privado de la legítima que le corresponde, ó de parte de ella; y poner en claro si el ascendiente ha dispuesto, en perjuicio de sus herederos forzosos, de más cantidad de la que con arreglo á las leyes puede disponer».

Se designa con el nombre de colación, dice Alcubilla, el hecho de aportar á la masa hereditaria los herederos forzosos, ó el hecho de imputar á éstos en cuenta de su haber, aquellos bienes que recibieron del difunto en vida de éste, para que la partición pueda verificarse sin perjuicio de los derechos legitimarios. La colación consiste, pues, en la imputación de lo entregado en vida por el testador, ó en su aportación material á la masa de bienes; y no debe confundirse con lo que se llama traer á par, tición.

Se trae á *partición*, dice Gutiérrez, todo lo recibido por título de legítima; se trae á *colación* todo lo que ha sido dado por los ascendientes á los descendientes que los heredan, con el objeto de ver si cabía la donación en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador, y si es ó no, por lo tanto, *inoficiosa*.

Navarro Amandi la define, *la imputación en la legítima* de lo recibido por título gratuito en vida del causante de la sucesión.

López R. Gómez dice que la colación es la agregación que los hijos y descendientes legítimos hacen al caudal hereditario del padre ó de la madre de los bienes que éstos les dieron en vida, para que imputándoseles en parte de pago de su haber, y revocándose estas donaciones en cuanto sean inoficiosas, reciban todos *su legítima* por partes iguales.

Según Bonel, la colación es la agregación al caudal de los ascendientes, de los bienes que los descendientes recibieron de aquéllos durante su vida, á fin de que tenga lugar la más equitativa y justa computación de *las legítimas*.

No hay que insistir más. En los Códigos, la institución se aplica á distintas personas y se desarrolla bajo diferentes pun-

tos de vista. En algunos de los escritores que hemos citado dominan dos ideas que estimamos inexactas: igualar la colación con la imputación, y creer que la institución tiende á la igualdad en cuanto *á la legítima* y nada más que la legítima.

Colacionar, en el lenguaje más usual, es llevar, agregar ó devolver á la masa hereditaria, en realidad ó ficticiamente, bienes que salieron del caudal del causante en vida de éste, pero que la ley entiende que salieron sólo como un anticipo de la misma *herencia.*

Imputar, es aplicar esos bienes de que el causante se desprendió gratuitamente durante su vida, *á la porción forzosa ó á la porción libre* de su herencia.

Reducir, es anular en parte esas disposiciones gratuitas cuando son abusivas, esto es, cuando el causante dispone libremente de toda la porción forzosa, ó de una fracción de la misma, en perjuicio de los derechos legitimarios.

Colacionar, computar y reducir son actos íntimamente enlazados á la institución de las legítimas, sin la cual no se conciben; son tres eslabones de una sola cadena, tres operaciones sucesivas, atentas al mismo fin, inspiradas en la misma idea. Tal es la necesaria relación entre los arts. 818 (*colación*), 819, 825 y 828 (*imputación*), y 817, 820 al 822, y 654 al 656 (*reducción*).

II.—Reseña de nuestra legislación respecto á colaciones.

Se ocuparon en esta materia la ley 3.ª, tít. 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo; la 6.ª, tít. 3.º, libro 5.º del Fuero Viejo; la 14, título 6.º, libro 3.º del Fuero Real; la 3.ª, título 4.º de la Partida 5.ª; las leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª, del tít. 15 de la Patida 6.ª, y las 25 y 29 de Toro, que son, la 3.ª, tít. 6.º y la 5.ª, tít. 3.º del libro 10 de la Novísima Recopilación.

Insertaremos las leyes del Fuero Real, Partidas y Novísima Recopilación, que son las más importantes.

Ley 14, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real.—«Toda cosa que el padre ó la madre dieren á alguro de sus fijos en casamiento,

sea tenudo el fijo de lo aducir á partición con los otros hermanos despues de la muerte del padre ó de la madre que gelo dió, é si ambos gelo dieron de consuno, y el uno de ellos muriere, el fijo sea tenudo de tornar á partición la meytad de lo que le dieron en casamiento; é si ambos murieren, todo lo torne quanto le dieron á partición con los herederos.»

En esta ley aparece la idea de la colación como medida natural y justa. No es razonable que lo entregado por los padres á uno de sus hijos al casarse constituya un exceso ó beneficio sobre su parte igual de herencia; téngase en cuenta ese anticipo. La colación dentro de estos límites es muy aceptable. Nótese que la ley no se refiere á la porción forzosa, sino á la herencia toda. Lo donado en vida á los hijos por razón de casamiento torna al caudal de los padres al morir éstos para entrar en la partición.

Partidas.—Título 15, Partida 6.ª

Ley 3.ª—«Todas las cosas que el fijo ganare en mercadería con el auer de su padre, seyendo en su poder, todas las deue aduzir á partición con los otros bienes que fueron de su padre é partirlas con los otros hermanos. Otrosí dezimos que la dote ó el arra ó la donación que el padre diere en casamiento á alguno de sus fijos, se deue contar en la parte de aquel á quien fué dada; fueras ende si el padre dixesse señaladamente quando gela dava ó en su testamento que non queria que gela contassen en su parte. E esto ha logar quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre ó de su madre; mas si otro extraño fuesse establescido con ellos por heredero, entonce las ganancias sobredichas, é las donaciones ó dotes que fuessen dadas á los hermanos, non las deuen meter en particion con los extraños, nin las deuen contar en su parte con ellos.»

Ley 4.ª—«En su vida faciendo donación el padre á su fijo que estuuiesse en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, éste fijo aura la donación que desta guisa le fuesse fecha, libre é quita e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición, fueras ende si el padre ouiesse

dado en casamiento á los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta. Ca si este fijo atal quisiesse contar á los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera en razon de casamiento, entonce dezimos que sea otrosí, contada en su parte la donacion que el padre fizo á él en su vida. E esto es porque se guarde egualdad entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donacion al vno de sus fijos que los otros sus hermanos non pudiessen auer la su parte legítima en lo al que fincasse, dezimos que estonce deuen menguar tanto de la donacion fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legítima que deuen auer.»

Ley 5.ª—«Non es tenudo el hermano de aduzir á particion con sus hermanos las ganancias que fiziere por sí, que son llamadas castrense, vel quasi castrense peculium, nin las que son llamadas aduenticias, segun dize en el título que fabla del poder que han los padres sobre los fijos. Ca las ganancias que ficieren en alguna destas maneras sobredichas, quier sean en poder de su padre ó non, suyas se deuen ser libres é quitas de aquel que las fiziere, é los hermanos non han derecho ninguno en ellas. E otrosi dezimos que los libros é las despensas que el padre diesse á alguno de sus fijos para aprender alguna sciencia en las escuelas, non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion. Esso mesmo dezimos que las despensas que el padre fiziere faziendo armar cauallero á alguno de sus fijos, dándole armas e cauallo, é las otras cosas que fueren menester por razón de cauallería, que non le deuen ser contadas en su parte. E esto es porque los caualleros quando toman armas, é los otros que aprenden las sciencias, non fazen esto tan solamente por pró de sí mesmos, más aun por pró comunal de la gente é de la tierra en que biuen.» (La segunda parte de esta ley concuerda con la ley 3.ª, tít 4.º, Partida 5.ª)

Ley 6.ª—«Dote ó arra seyendo dada de otri al padre por razon de casamiento de su fijo ó de su fija, aquello que le fuesse dado en esta manera, en saluo finca al fijo ó á la fija por quien fuesse dada, é non le pueden demandar parte della los otros her-

manos, nin la deuen auer. E esto es por el cargo que le finca de mantener el casamiento con aquella dote. E por tales bienes non es tenudo de departir el vn hermano con los otros. Mas si el padre diesse dote con su fija ó por su fijo, ó fiziesse donación ó arras á su mujer, estonce deue ser guardado lo que diximos de suso en la ley que comiença «*Todas las cosas*» – Otrosí dezimos que si el fijo fiziere algunas debdas en vida del padre por su mandado, ó que se tornaron en pro dél, que tales debdas como éstas deuen ser pagadas comunalmente de los bienes de la heredad del padre. E aun dezimos, que si alguno de los herederos rescibiesse los frutos de la heredad, que nudo es de los aduzir á partición entre los otros herederos. E si algunas despensas fizo á pro de la heredad, ó en coger los frutos, deue ser entregados dellos, é lo al que finca deuen partir entre sí, como dicho auemos.»

Ley 20 de Toro.—«Quando algún hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colación y partición, la dote y donaciones *propter nuptias*, y las otras donaciones que oviessen recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar; pero si se quisieran apartar de la herencia, que lo puedan hacer salvo si la tal dote ó donaciones fueran inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieron, así los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa, se mire á lo que exceda de su legítima y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podía hacer la dicha mejoría, cuando hizo la dicha donación ó dió la dicha dote, aviendo consideración al valor de los bienes del que dió ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fué constituída ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fué la dicha dote prometida ó mandada.

Pero las otras donaciones que se hicieren á los hijos, mandamos que para se decir inoficiosas se haya consideración á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.»

Ley 25 de Toro.—«El tercio y quinto de mejoría hecho por el testador, no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes traxeren á colación ó partición.»

Se relacionan con la doctrina de la colación contenida en los artículos 1035 al 1050, por la íntima analogía que existe entre la colación, la imputación y la reducción de donaciones, los artículos 161, 636, 654 al 656, 816, 818, 819, 820, 825, 828, 829, 847 y 1343.

ARTÍCULO 1035

El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

I.—*Comentario.*

Encierra este artículo un precepto general que describe la colación. Nada más claro al parecer ni mejor expresado, y, sin embargo, como la materia es delicada en exceso, y las opiniones tan diversas, resulta en realidad que quedan dudas importantes respecto á los casos en que procede la colación, y sobre todo, á sus efectos.

Habla el art. 1035 de herederos forzosos y de legítima, de lo cual se deduce que establece la colación de bienes entre las personas á quienes considera como herederos forzosos en el art. 807, ya sean llamados á la sucesión testamentaria, en la que propiamente son tales herederos forzosos, ya á la sucesión intestada en concepto de herederos legítimos.

Como antes quedó expuesto, el derecho romano y los precedentes patrios sólo establecían la colación entre los descendientes legítimos. El derecho francés impone en cambio la obligación de colacionar á todos los coherederos sin distinguir de líneas, y en la sucesión intestada.

El proyecto de Código de 1851, art. 879, hablaba ya de herederos forzosos. Goyena, defendiendo esta novedad, decía: «Nos apartamos, pues, de todos los códigos mencionados; la generalidad del Código francés y de los que le siguen ha parecido excesiva, por comprender á la línea colateral, que no puede igualarse bajo ningún aspecto con la recta: la limitación del derecho romano, patrio y de otros códigos ha parecido mezquina y poco razonable, porque, dejando aparte que en la línea recta los derechos, deberes y afectos tienen la misma favorable presunción y reciprocidad, quitada la necesidad de la colación sería fácil á un hijo ó descendiente hacer ilusoria la legítima de uno de sus padres ó ascendientes; en una palabra, donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación.»

No indagaremos por ahora si este razonamiento tiene ó no fuerza: bástanos hacer constar que con toda conciencia usa el legislador la frase «herederos forzosos», en el art. 1035. No obstante, hay autor á quien tan extraña parece la innovación, que juzga que la ley con esa frase alude sólo á los descendientes, creyendo, sin fundamento á nuestro juicio, que así lo prueban otros artículos de la misma sección. La colación, pues, se impone á toda persona considerada por la ley como heredero forzoso, cuando concurre con otra ú otras que también lo sean á una sucesión testada ó intestada. No se impone, ni podría tener objeto, cuando el heredero forzoso es único; pero si son varios, cada uno de ellos tiene el deber de colacionar en interés de todos los partícipes de la herencia también legitimarios. Esta obligación, según el art. 1035, consiste en traer á la masa hereditaria, cada uno de los coherederos forzosos, los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo.

Por consiguiente, son colacionables los bienes ó valores transmitidos por el causante á cualquiera de las personas que en su día sean sus herederos forzosos, por título gratuíto y actos entre vivos, ó que produzcan efecto en vida del transmitente, siempre que el donatorio concurra á la herencia con otro ú otros que también sean herederos forzosos.

No cabe, pues, exceptuar, como dice Losana, ninguna verdadera donación, cualquiera que sea su *carácter*, simple ó con causa, remuneratoria ú onerosa, en cuanto estas últimas excedan al valor del servicio ó de la carga, cualquiera que sea su *objeto*, bienes muebles ó inmuebles; *su forma* ó *su fecha*, aunque hayan transcurrido más de treinta años, pues ligado el deber de colacionar con la partición, no es exigible, ni puede, por tanto, prescribir durante la vida del donante.

Véanse los comentarios de los arts. 618 á 622, 654, 818 y otros sobre toda clase de donaciones intervivos ó por causa de muerte, simples ó con causa, directas ó indirectas, etc.

Entre las donaciones indirectas merece especial mención la renuncia de una herencia. La renuncia gratuita hecha en favor de determinada persona es desde luego una verdadera donación. Opinan los autores que debe atenderse ante todo á la intención del renunciante, que pudo ser la de donar, ó la de librarse de los riesgos de una sucesión peligrosa, y, por tanto, que aun la renuncia absoluta gratuita, cuando por efecto de ella recaen los bienes en los herederos forzosos del renunciante, si la herencia es útil, ha de estimarse verdadera donación. El criterio que debe presidir en esta materia es, según creemos, el mismo en que se inspira el legislador en el art. 1000, á cuyo comentario nos remitimos.

El perdón de una deuda del heredero forzoso es desde luego donación, cuando es en el acreedor ó causante un acto voluntario y gratuito, ya se haga clara y expresamente, ya dejando de exigir el cobro. El perdón parcial, en caso de quiebra ó concurso, no es donación. Ha de atenderse, ante todo, á la intención ó voluntad del acreedor.

También constituyen donación las reparaciones, construcciones, plantaciones y mejoras hechas en las fincas de los herederos forzosos por el causante, y la compra de inmuebles á nombre de los mismos, si bien en este caso la donación consiste no en la finca, sino en el dinero invertido para comprarla, y en aquél en el gasto hecho, si fuere menor que la utilidad que reportó, ó en la utilidad, en la época de las mejoras, si fuese menor que el gasto.

Exige el art. 1035 que se trate de bienes ó valores recibidos por el heredero forzoso por título gratuito en vida del causante. No son bienes ó valores recibidos los que sólo se prometieron y no se llegaron á entregar, ni las ganancias á que dió ocasión el causante, pero que no representan desprendimiento de bienes en éste, ni por tanto, donación.

Desenvolveremos y completaremos lo referente á donaciones colacionables al comentar los artículos 1041 al 1044, en los cuales se determinan las excepciones de la regla general, ó sean los gastos y desembolsos hechos por el padre en beneficio de sus hijos, que no deben traerse á colación.

Hasta aquí, la idea del art. 1035, que es fácilmente comprensible. Pero, añade aún algo para dar á conocer, sin duda, el objeto y fin de la colación. La agregación á la masa de lo recibido por título gratuito en vida del causante, tiene por fin y objeto *«computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición»*. Así concluye dicho artículo, y estas palabras, que completan el pensamiento del legislador, son para algunos motivo de dudas y cuestiones, de las que debemos hacernos cargo.

Computar, viene á ser tener en cuenta, incluir. Las donaciones hechas en vida por el causante á sus herederos forzosos, han de tenerse en cuenta, han de incluirse, como formando parte de la herencia, para la regulación de las legítimas y la cuenta de partición.

Regular las legítimas, es fijarlas, establecerlas según las reglas de la ley. Las donaciones á los herederos forzosos se tienen en cuenta en primer término para fijar las legítimas. ¿Pueden

regularse, pueden fijarse con los únicos datos que suministra el artículo 1035? ¿No han de computarse también con el mismo objeto de regular las legítimas, las donaciones entre vivos hechas á extraños?

Nuestro ilustrado compañero Sr. Morell sostiene con empeño la contestación afirmativa á esta última pregunta. Supone que son distintas las colaciones á que se refieren los arts. 818 y 1035, limitándose éste á las donaciones hechas á los herederos forzosos, y debiendo incluirse en el precepto de aquél, dándole una interpretación extensiva, toda clase de donaciones entre vivos, por creerlo así necesario para liquidar la herencia, fijar las legítimas y apreciar si son ó no inoficiosas las donaciones; y que para ello hay que hacer dos operaciones: la primera, formando un solo cuerpo de bienes con el importe total de la masa hereditaria y con el de todas las donaciones, y después otro cuerpo especial, constituído por las donaciones á herederos forzosos, prescindiendo de las hechas á otras personas, y por la masa hereditaria; y separando los legados, repartir este cuerpo especial con absoluta igualdad entre los herederos forzosos.

No podemos conformarnos con esta opinión, por creerla destituída de fundamento legal. Expondremos la nuestra, con el convencimiento de estar ajustada á la letra y espíritu de las disposiciones del Código, sin distingos ni interpretaciones de ninnuna clase, y en cuyas disposiciones se desenvuelven las doctrinas de la legislación antigua española sobre el punto de que tratamos, explicadas y completadas por la jurisprudencia, según se ordenó al final de la base 18 de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888.

II.—*Donaciones colacionables y no colacionables: reducción de las inoficiosas.*

En el comentario al art. 818 se trató ya esta materia, exponiendo sucintamente lo que se entiende y se ha entendido siempre por donaciones *colacionables*, y que sólo el valor de éstas

debe agregarse á la masa hereditaria para regular las legítimas de los herederos forzosos, como se ordena expresamente en dicho artículo y en el 1035 que estamos comentando, sin que deban colacionarse en ningún caso las donaciones hechas á extraños, que no tienen aquel carácter, aunque sean inoficiosas, porque éstas se rigen por otras reglas. Podríamos referirnos á dicho comentario; pero conviene ampliarlo para explicar algunos conceptos y demostrar con textos legales lo infundado y erróneo de la opinión antes indicada de los que sostienen que unas y otras donaciones han de agregarse á la masa hereditaria para la regulación de las legítimas.

Masa hereditaria, *haber ó caudal hereditario*, son palabras empleadas por el Código en diferentes artículos para expresar una misma idea; la del importo líquido de los bienes que constituyen la *herencia;* y según el art. 659, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinguen por su muerte». ¿Estarán comprendidas las donaciones en esos bienes ó derechos? De ningún modo. «La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario» (art. 623), y se consuma con la entrega de la cosa donada, cuyo dominio pasa desde aquel momento á poder del donatario, el cual puede disponer de los bienes como mejor le parezca, si bien con las cargas y obligaciones impuestas por el donatario ó por la ley. Luego los bienes de las donaciones entrevivos, sean ó no colacionables, no están comprendidos en los de la herencia del donante.

Tampoco en sus derechos, porque el donante no lo tiene para pedir la reducción de las donaciones inoficiosas: sólo tienen este derecho, según el art. 655, los herederos forzosos, con la prohibición de renunciarlo durante la vida del donante. Hace, además, dicho artículo la declaración de que no podrán aprovecharse de la reducción los acreedores del difunto, como podrían hacerlo si esos bienes estuviesen comprendidos en la herencia del donante, ó perteneciesen á éste por cualquier concepto: no son suyos, y, por consiguiente, no pueden incluirse en la masa

hereditaria, ni agregarse á ella ficticia ó numéricamente, fuera de los casos en que así lo ordena la ley.

Sentada esta base, que creemos indiscutible, como también la de que sólo pueden ser colacionables las donaciones cuando sean forzosos los herederos del donante y resulten éstos perjudicados en su legítima, veamos ahora cuál es el caudal que ha de servir de tipo para apreciar si es ó no inoficiosa la donación, y cuándo y en qué forma ha de restituirse á dichos herederos el exceso, si lo hubiere. Como sobre este punto se rigen por distintas reglas las colacionables y las que no lo son, las examinaremos separadamente.

A) *Donaciones no colacionables.*—Ya se ha dicho que son las hechas á extraños, ó sea á personas que no tienen derecho á legítima con relación al donante. Comenzamos por éstas porque son las que dan lugar á mayores dudas y á opiniones encontradas.

El art. 636 establece el principio de que nadie pueda dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento, declarando que la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. Cuando los herederos forzosos son hijos ó descendientes legítimos, que es el caso más común, el padre sólo puede disponer libremente del tercio de los bienes que deje á su fallecimiento, deducidas las deudas y cargas, constituyendo las otras dos terceras partes la legítima de aquéllos. Luego el padre que deje descendientes sólo puede dar por testamento á otras personas el tercio líquido de los bienes *que tenga al tiempo de su muerte*, y por consiguiente, serán inoficiosas las donaciones hechas á extraños en cuanto excedan de esa medida.

Así lo confirma el art. 654 al ordenar que para apreciar si son inoficiosas las donaciones se atenderá *al valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte*, debiendo ser reducidas en cuanto al exceso, que en el caso antedicho será en cuanto excedan del tercio de dichos bienes, que es lo que puede dar por testamento el padre que tiene hijos legítimos. Y lo confirman

también el art. 818, en su párrafo 1.º, según el cual, «para fijar la legítima *se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador*, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento»; y el artículo 819, en su párrafo 2.º, al disponer que «las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido *disponer por su última voluntad*».

Resulta, pues, que cuando la sucesión corresponda á la línea recta descendente, en la cual los herederos forzosos son los hijos y descendientes legítimos del finado, las donaciones entre vivos hechas por éste á personas extrañas no pueden exceder del tercio de libre disposición, computado por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin colacionar dichas donaciones ni agregarlas, bajo ninguna forma á la masa hereditaria para liquidar la herencia. Si las donaciones exceden de dicho tercio, serán inoficiosas, cualquiera que fuese el caudal del donante al tiempo de hacerlas, y deben reducirse en cuanto al exceso, observándose para la reducción lo que ordena el art. 654.

La operación es bien sencilla, y para mayor claridad, la expondremos prácticamente. Los bienes dejados por el padre al tiempo de su muerte, únicos que serán inventariados y tasados, deducidas las deudas y cargas, importan 30.000 pesetas: constituyen la legítima de los hijos, 20.000: el tercio de libre disposición, 10.000. La donación ó donaciones á extraños se reducirán á esta cantidad, y si excedieren de las 10.000 pesetas, en el caso supuesto, el donatario está obligado á restituir á los hijos la diferencia ó exceso que resulte.

Esta es la ley, y así ha de cumplirse, aunque parezca dura. Duro será para el donatario devolver unos bienes que venía disfrutando como propios; pero no es menos duro que los hijos sufran las fatales consecuencias de la prodigalidad, negligencia ó reveses de la fortuna de su padre, y el legislador ha optado por lo que ha creído más equitativo. Respeta todos los efectos de la donación durante la vida del donante, haciendo suyos los frutos

el donatario, como se declara en el art. 654, y restituye á los hijos lo que el padre debió conservar para ellos.

Las mismas reglas se observarán para apreciar si son inoficiosas las donaciones, cuando la sucesión corresponda á los ascendientes, ó sean éstos los herederos forzosos; pero teniendo presente que, en este caso, el testador puede disponer libremente de la mitad del haber hereditario, y por consiguiente, á lo que importe esta mitad habrá de reducirse la donación si fuese inoficiosa.

En las *sucesiones abintestato*, aunque la herencia líquida ha de dividirse por partes iguales entre los herederos llamados por la ley, cuando éstos sean de la clase de forzosos, y haya donaciones á extraños, habrá de practicarse la misma operación antes expuesta para la liquidación del haber hereditario, también sin acumular el valor de las donaciones, á fin de determinar y fijar el importe del tercio, ó en su caso de la mitad, que ha de servir de tipo ó medida para apreciar si aquéllas son ó no inoficiosas, y el exceso que, en su caso, haya de restituir el donatario.

¿Por quién, cuándo y cómo podrá pedirse la reducción de las donaciones inoficiosas y la restitución del exceso?—Ya se ha demostrado que las donaciones hechas á extraños no son colacionables en ningún caso, y que no han de tomarse en cuenta para liquidar y dividir la herencia. También se ha dicho, conforme á lo que ordena expresamente el art. 654, que el donante no puede pedir nunca que se declare inoficiosa la donación; este derecho sólo lo concede la ley á *aquellos que tengan derecho á legítima*, ó sea á los herederos forzosos, prohibiéndoles que lo renuncien durante la vida del donante. De ello se deduce que mientras éste viva nadie puede pedir la reducción de las donaciones por inoficiosas, ni la restitución del exceso: este derecho nace á la muerte de aquél, y pertenece exclusivamente á sus herederos forzosos por concesión de la ley, y no por transmisión ni en representación del causante de la herencia, porque nadie puede dar ni transmitir lo que no tiene.

Muerto, pues, el donante, y no antes, sus herederos forzosos

podrán hacer uso de ese derecho, entablando su demanda por la vía ordinaria correspondiente á la cuantía de lo que reclamen, si les conviene, á falta de avenencia. Y como esa cuantía no puede conocerse ni fijarse con exactitud mientras no se liquide el caudal hereditario, de aquí la necesidad ó, por lo menos, la conveniencia de practicar previamente la liquidación de la herencia, que ha de servir de fundamento á la demanda.

Esta habrá de entablarse contra el donatario obligado á la restitución del exceso. Pero podrá suceder que el donatario haya enajenado ó consumido los bienes donados, y sea insolvente. En tal caso, que no es raro, podrá dirigirse la acción contra el tercero que posea los bienes, teniendo presente que en el caso de ser inmuebles ha de resultar del Registro de la propiedad que los adquirió con ese gravamen. Todo esto podrá dar lugar á pleitos complicados y de éxito dudoso, que podrán promover los herederos, si les conviene, sin perjuicio de llevar á efecto desde luego la partición de la herencia, como para caso análogo lo previene el art. 1050. Cuando se realice la cobranza del exceso de la donación, bien por el resultado del pleito, ó por convenio entre los interesados, se repartirá su importe entre los herederos forzosos á quienes corresponda, por partes iguales, ó en la misma proporción de las legítimas, haciendo una partición adicional. Lo mismo que se practica en toda partición de herencia cuando, después de hecha, se descubren bienes pertenecientes á la misma, ó se cobra algún crédito antes ignorado ó que se creyó incobrable. Sólo en el caso de que el donatario reconozca amistosamente su obligación de restituir el exceso, entregándolo en el acto ó á plazos convenidos, deberá agregarse dicho exceso, y no el valor total de la donación al caudal hereditario para incluirlo en la partición.

Creemos haber expuesto con claridad, y con sujeción al derecho hoy vigente, lo que ha de practicarse para determinar si son ó no inoficiosas las donaciones hechas á extraños, y para llevar á efecto su reducción si lo fueren, y la restitución del exceso á los herederos forzosos del donante, debiendo considerarse

como ampliación de la doctrina expuesta sobre esta materia en el comentario al art. 818, y también como explicación de la misma, si se pretende encontrar alguna diferencia entre ésta y aquélla. El procedimiento es fácil y sencillo, sin necesidad de las dobles operaciones á que aludía la opinión que refutamos.

Veamos ahora lo que ha de hacerse, cuando sean colacionables las donaciones, á las que se refiere concretamente el artículo 1035 de este comentario.

B) *Donaciones colacionables.*—Recordaremos que, según dicho artículo, son todas las que, por dote, donación ú otro título lucrativo, hubiere hecho en vida el causante de la herencia á uno ó más de sus herederos forzosos, cuando éstos concurran á la sucesión con otros que también lo sean. Ordena á la vez dicho artículo que, cuando esto ocurra, el donatario debe traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que constituyan la donación para computarlos en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. Y añade el art. 1045, que no han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote. Resulta, pues, que las donaciones colacionables han de traerse y agregarse á la masa hereditaria por el valor que tenían al tiempo de hacerlas, como se ordena también en el art. 818, al paso que las hechas á extraños no han de agregarse al caudal hereditario, ni han de tenerse en cuenta para regular las legítimas ni para la partición de la herencia, como se ha dicho anteriormente.

¿Por qué esta diferencia? Porque supone la ley que la intención del causante de la herencia, al hacer en vida esas donaciones á los que habían de ser sus herederos forzosos, fué como anticipo y á cuenta de lo que les corresponda en la sucesión; y su voluntad, la de igualarlos á todos, cuando expresamente no ordene lo contrario. Así se deduce de varias disposiciones del Código, y en especial del párrafo 1.º del art. 819 y del 825. De aquí la necesidad de colacionarlas, agregándolas á la masa hereditaria, para regular las legítimas é imputar en la del donatario el valor de los bienes que anticipadamente recibió á cuenta.

Nada de esto puede hacerse en las donaciones á extraños, puesto que, según el párrafo 2.° del citado art. 819, éstas «se imputarán á la parte libre de que el testador hubiere podido disponer por su última voluntad», y como el donante sólo pudo disponer libremente del tercio dejando descendientes legítimos, ó de la mitad de la herencia cuando ésta corresponda á los ascendientes, regulándose el caudal hereditario por los bienes que tuviera al tiempo de su muerte, según ya se ha demostrado, á nada conduciría la colación de esas donaciones á extraños, y por ser innecesaria para la liquidación y partición de la herencia, no la ordena la ley, ni directa ni indirectamente.

Además, los herederos forzosos han de intervenir por su propio derecho en todas las operaciones de la testamentaría ó del abintestato, ya sean judiciales, ya extrajudiciales, y, por tanto, ningún perjuicio se les sigue de aportar nominalmente á la masa común el valor de las donaciones colacionables, además de ser necesario para la regulación de las legítimas. Los donatarios extraños carecen de aquel derecho; no lo tienen para ser parte legítima en esos juicios y operaciones, como tendrían que serlo si se les obligase á colacionar. Esto daría lugar á gastos innecesarios y otros perjuicios para los mismos y para los herederos, uno de ellos el de la liquidación para el pago á la Hacienda del impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes, y por ello ha hecho bien la ley en no ordenar la colación de las donaciones á extraños.

Bastan estas indicaciones al objeto antedicho, y pasemos á exponer la forma en que ha de practicarse la liquidación y partición de una herencia entre herederos forzosos cuando han de acumularse donaciones colacionables.

Si hay mandas ó legados ó donaciones á extraños, se liquidará en la forma ordinaria el caudal hereditario, comprendiendo solamente los bienes y derechos pertenecientes al testador al tiempo de su muerte, con deducción de las deudas y demás obligaciones de ese caudal. Del líquido que resulte se deducirá el tercio, de que el padre puede disponer libremente en todo caso,

para pagar las mandas y legados del testamento, y que ha de servir de medida para apreciar si son ó no inoficiosas las donaciones á extraños; y á los dos tercios restantes, que constituyen la legítima de los descendientes, se agregará el importe de las donaciones colacionables por el valor que tenían al tiempo de hacerlas. La cantidad que resulte, sumando los dos tercios de legítimas y las donaciones colacionables, se repartirá por partes iguales entre los herederos forzosos, ó en la proporción que les corresponda conforme á la ley y á la voluntad del testador. Para la adjudicación y pago se observará lo dispuesto en los artículos 1047 y 1048. Téngase también presente el art. 656, aplicable á toda clase de donaciones, para suprimirlas ó reducirlas, cuando no cupieren todas en la parte disponible.

Cuando la sucesión corresponda á los ascendientes, se hará del mismo modo la liquidación de la herencia, pero teniendo presente que en este caso su causante puede disponer libremente de la mitad del caudal líquido que tenga al tiempo de su muerte.

En la herencia intestada, y lo mismo en la testamentaria cuando no hay mandas ó legados ni donaciones á extraños, la operación es más sencilla. Como todo el caudal hereditario corresponde á los herederos forzosos, no hay más que agregar á él el valor de las donaciones colacionables, y partirlo y adjudicarlo todo en la forma antes expuesta.

Los *hijos naturales* legalmente reconocidos son también herederos forzosos del padre ó de la madre que los hubiere reconocido, y éstos de aquéllos, en la cuota que se fija en el art. 840, 841 y 842, según concurran con descendientes ó ascendientes legítimos, ó con otros parientes ó extraños. Esa cuota ha de sacarse del tercio de libre disposición para que quede íntegra su legítima á los hijos legítimos, y deduciendo de dicho tercio los gastos de entierro y funeral del finado, el resto se dividirá entre todos los hijos naturales, cuando sean dos ó más. Las donaciones que estos hijos reciban en vida de su padre ó de su madre son colacionables cuando concurran con otros herederos forzosos, conforme á la regla general del art. 1035, y para evitar

dudas por la especialidad del caso, declara el art. 847 que esas donaciones se imputarán en la legítima del donatario, y si excedieren del tercio de libre disposición, se reducirán en la forma prevenida en los arts. 817 y siguientes. En tales casos se verá lo que importa el tercio del caudal líquido de la herencia, que ha de servir de medida para apreciar si son ó no inoficiosas las donaciones, y también porque constituye la legítima de dichos hijos naturales. Si el valor de las donaciones es igual al del tercio, éstos quedan pagados del haber que les corresponde: si es inferior, del caudal hereditario, se les abonará lo que falte para completar su legítima; y si es superior, aquéllas serán inoficiosas, y reducidas en la forma que previene el art. 847, los donatarios restituirán el exceso á los herederos legítimos, á quienes corresponderá el resto del caudal hereditario.

Podrá suceder que el *cónyuge viudo,* que también es heredero forzoso por la cuota en usufructo que le señalan los arts. 834 á 837, según los casos, concurra á la herencia con hijos naturales reconocidos, y que los bienes con que han de pagarse la legítima de éstos y de aquél no sean suficientes para cubrirlas. En tales casos, si concurren también descendientes ó ascendientes legítimos, se pagará en primer lugar la legítima de éstos, y después la de los hijos naturales, pero entendiéndose la de éstos sin perjuicio de la legítima del viudo, «de modo que, concurriendo el viudo con hijos naturales reconocidos, se adjudicará á éstos sólo en nuda propiedad, mientras viviere el viudo, lo que les falte para completar su legítima». Así lo dispone expresamente, con notoria equidad, el párrafo 2.º del art. 841, sin duda en consideración á que no puede imponerse gravamen alguno sobre las legítimas, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del cónyuge viudo, como se ordena en el art. 813.

¿Serán colacionables las donaciones que el cónyuge viudo hubiere recibido de su consorte, en vida de éste?—Si nos atenemos á la regla general que establece el art. 1035, la contestación afirmativa parece indudable; pero como dichas donaciones se rigen por reglas especiales, creemos que no están comprendidas en este ar-

tículo. Son nulas todas las donaciones entre los cónyuges durante el matrimonio (art. 1334), y si las hubiere, no procedería la colación, sino la nulidad; y respecto de las que se hubieren hecho antes de celebrarlo, con el carácter de dote ó sin él, la misma ley fija su cuantía y los casos y forma en que han de restituirse. Si resultan inoficiosas, como los bienes existen en el caudal hereditario, en él quedará el exceso para darle la aplicación correspondiente. Sería, pues, irregular y anómalo mandar traer á la masa hereditaria unos bienes que existen en ella.

Sólo en el art. 1044 se dice que «los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible en testamento». Esta excepción, que creemos se refiere á los padres, aunque quiera aplicarse á los regalos que suelen hacerse los esposos antes del matrimonio, confirma nuestra opinión de que no son colacionables las donaciones á que la pregunta anterior se refiere. Y si se estima que lo son, siempre será el mismo el resultado de la liquidación y partición del caudal hereditario. En uno y otro caso, ha de determinarse la cantidad de que el causante de la herencia hubiera podido disponer libremente en testamento, computándola por el valor líquido de los bienes que le pertenecieran al tiempo de su muerte, como ya se ha dicho: si la donación excede de esa cantidad, ó del décimo de ella cuando sean regalos de boda, será inoficiosa, agregándose el exceso á las legítimas. Este exceso podrá adjudicarse al viudo á cuenta de la suya, pero sólo en usufructo, pues la nuda propiedad corresponde á los descendientes ó ascendientes del finado que sean sus herederos forzosos.

Cuando concurran á la herencia del padre hijos legítimos con hijos naturales, ¿cómo se computarán las donaciones colacionables?— Nada dispone la ley concretamente para este caso, sin duda por considerar que bastan las reglas establecidas para la colación y partición, aplicadas con recto criterio. Ya las hemos expuesto anteriormente: sin embargo, diremos lo que, á nuestro juicio, habrá de hacerse cuando ocurra el caso de la pregunta.

Según el art. 840, cada uno de los hijos naturales reconocidos tiene derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición. Lo primero, pues, será fijar ese tercio, lo cual, como hemos dicho con repetición, ha de hacerse con relación á los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin incluir las donaciones. Hecha esta operación, al valor total líquido de la masa hereditaria se agregará el de todas las donaciones colacionables, hechas á unos y otros hijos, conforme al art. 1035, y como es necesario para que resulte exacta la cuenta de partición. Del total de estas dos partidas se bajará lo que haya correspondido á todos los hijos naturales por sus legítimas, reduciéndolas al tercio antes fijado si excedieren de esta cantidad, y el resto será la legítima de los hijos legítimos. De dicho tercio se bajarán los gastos de entierro y funeral del finado, que han de sacarse de él, según el art. 840, y el resto se adjudicará por partes iguales á los hijos naturales, si son dos ó más, á no ser que deba reducirse por exceder de la mitad de lo que corresponda á los legítimos no mejorados, imputándose en pago á cada uno de aquéllos lo que por donación hubiera recibido del padre común.

En forma análoga se practicará la colación y partición, cuando los hijos naturales concurran con ascendientes del finado.

Si concurren con el cónyuge viudo, la cuota usufructuaria que á éste corresponda se liquidará y pagará del modo que hemos expuesto anteriormente. No hay, pues, para qué hablar en este caso de donaciones colacionables del viudo; si las hubiere, se le pagarán del caudal hereditario, sin necesidad de colacionarlas.

Hay quien opina que las donaciones colacionables han de agregarse al grupo de herederos forzosos á que corresponda el donatario, imputándolas á todos ellos en pago de su legítima. No somos de esta opinión; no lo ordena la ley, y de sus preceptos se deduce lo contrario. El art. 840 no señala en conjunto la legítima de los hijos naturales, sino la que corresponde *á cado uno de*

éstos: por consiguiente, cada uno, con independencia de los demás, tiene derecho á la porción que le corresponda, y en pago de ella se le imputará lo que hubiere recibido por donación del padre. Si ésta fuere inoficiosa, el exceso se restituirá á la masa común, de la que ha de sacarse la legítima de cada uno de esos hijos. No sería justo ni legal gravar con esa carga á los hermanos naturales; sobre la legítima no puede imponerse ningún gravamen. Así se deduce también del párrafo 1.º del art. 819, según el cual, «las donaciones hechas á los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima», esto es, en la legítima del donatario. Y lo confirma con claridad el artículo 1047, el cual ordena que «el *donatario* tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus *coherederos* el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad».

¿En qué proporción se repartirán entre los herederos forzosos los bienes de las donaciones colacionables?—No nos parece acertada la opinión de los que sostienen que en todo caso han de repartirse por partes iguales ó con absoluta igualdad: creemos que debe respetarse la voluntad expresa del testador, que es la ley del caso, en cuanto no se oponga á lo que el Código ordena.

Según el art. 808, constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre ó de la madre, si bien facultándoles para que puedan aplicar uno de esos dos tercios como mejora de aquéllos. El artículo 818 ordena que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador, con deducción de deudas y cargas, y que á ese valor líquido se agregará el de todas las donaciones colacionables; de suerte que todos estos valores han de computarse *para fijar la legítima*. De acuerdo con esto, dispone el art. 1035 que todas las donaciones, que define como colacionables, han de traerse á la masa hereditaria para computarlas en la regulación de las legítimas. Y el 825 previene que ninguna donación entre vivos en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos se reputará me-

jora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar; y añade el 819 que «las donaciones hechas á los hijos que no tengan el concepto de mejora, se imputarán en su legítima». Teniendo presentes estas disposiciones, y ateniéndose á su literal y recto sentido, es fácil la solución de la duda.

En las sucesiones intestadas, y en las testamentarias cuando los herederos son instituídos por partes iguales, ó sin designación de partes, no puede haber duda: toda la masa hereditaria líquida, con las donaciones colacionables que á ella deben agregarse, ha de repartirse con absoluta igualdad entre los herederos forzosos, tomando de menos el donatario en la masa hereditaria lo que había recibido por la donación, y percibiendo sus coherederos el equivalente, ó sea otra cantidad igual, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, si es posible, como se ordena en el art. 1047, completándose el pago de las hijuelas de todos con los demás bienes del caudal hereditario y de las donaciones colacionables. Pero cuando el padre haya mejorado expresamente á alguno de sus hijos, ó declarando ser su voluntad que la donación se entienda por vía de mejora, ya no puede haber esa igualdad absoluta. Ha de cumplirse en este caso la voluntad del testador, y, por consiguiente, el hijo mejorado percibirá el importe de lo mejora, y además, lo que le corresponda por legítima, al paso que sus coherederos sólo percibirán la legítima, mermada para todos por la mejora.

Concluiremos repetiendo que sólo son colacionables las donaciones que reunan los requisitos que exige el art. 1035 de este comentario, esto es, que sean hechas á herederos forzosos en vida del donante, y que aquéllos concurran á la herencia con otros que también sean herederos forzosos, y, por tanto, que no son colacionables las donaciones hechas á extraños, aunque también concurran con aquéllos. En este caso, el extraño no puede tener otro carácter que el de legatario, según el art. 660, ni otro derecho que el de percibir su legado, en cuanto no exceda del tercio de libre disposición, ó de la mitad en su caso, computándolo por el valor líquido del caudal que hubiere dejado el tes-

tador al tiempo de su muerte, sin incluir el de las donaciones colacionables. Si ese legatario extraño fuese á la vez donatario, no ha de colacionarse su donación, pero se le imputará en pago del legado, si éste y aquélla no caben en la parte libre, de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad, como se ordena en el párrafo 2.º del art. 819, á no ser que hubiese ordenado expresamente que se pague el legado sin imputar la donación, pues ha de cumplirse su voluntad en cuanto no perjudique á las legítimas,

Aplicando la disposición 12 transitoria del Código civil, y la doctrina tradicional de nuestro derecho contenida en las leyes de Toro, la sentencia de 4 de Mayo de 1899, refiriéndose á la colación de donaciones hechas con anterioridad á la publicación del Código, dispone que el derecho de los herederos forzosos á que se cuente como parte de la herencia de su causante, imputable á la cuota hereditaria de la libre disposición, el valor de las donaciones hechas por el mismo á personas extrañas, lo estaba ya virtualmente en la legislación anterior. Prohibidas las donaciones inoficiosas, ó sean las hechas con perjuicio de la legítima debida á los herederos forzosos, que había de quedar á salvo para después de la muerte del donante, preciso era computar el importe de la donación, cargándolo á la cuota hereditaria de libre disposición para que á su vez quedara á salvo la cuota destinada á legítima.

De esta sentencia hubimos de ocuparnos en el comentario del art. 818, al cual, como antecedente necesario, remitimos al lector.

A su vez, la sentencia de 16 de Junio de 1902, que con la debida extensión examinaremos en el artículo siguiente, aclara la materia de colación de donaciones, á cuyo efecto, cabe distinguir entre las que deben traerse á la partición, para computarlas en la legítima, y las que han de comprenderse en la masa para saber si son ó no inoficiosas, y computarlas en su caso, en el tercio libre ó en el de mejora, lo cual sólo tiene lugar, cuando el testador lo manifiesta expresamente.

El art. 1035 del Código civil, emplea la palabra colación en el primer sentido, en lo que es lógico inferir que en el caso especialmente previsto en el art. 1036, si bien no se imputarán las donaciones en la legítima, han de hacerse al inventario ó cuerpo general de bienes para imputarlas donde fuese procedente.

Concordancias.—Como hemos expuesto en las *ideas generales*, los Códigos de Francia y Bélgica (art. 843) exigen la colación á *todo* heredero *abintestato*, los cuales no pueden retener para sí ninguna donación *ni legado*, á no haberles sido hechos fuera de su porción hereditaria ó con dispensa de colación.

Los de Italia (art. 1001) y Portugal, (2098), se refieren, como nuestro antiguo derecho, á los hijos y descendientes legítimos.

Argentina, en su art. 3510, conforme á la ley de correcciones de 9 de Septiembre de 1882, afirma el carácter de la colación, diciendo que toda donación entre vivos, hecha á un heredero forzoso que concurre á la sucesión legítima del donante, sólo importa un anticipo de su porción hereditaria, y en concordancia con nuestro art. 1035, añade en los dos siguientes (artículos 3511 y 3512); los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos ó naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario ó sin él, deben reunir á la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto y asimismo, la colación es debida por el coheredero á su coheredero, pero en modo alguno ni á los legatarios ni á los acreedores de la sucesión.

Bolivia define (art. 653) la colación, diciendo que es la reunión de bienes, que los hijos han recibido de sus padres en cualquier época, para que aumentado así el patrimonio de todos, se divida con igualdad. En su consecuencia deben traerse á colación (art. 636) y se descontarán las dotes, donaciones *propter nupcias* y las demás que por cualquier título ó causa hayan recibido los hijos ó nietos á no ser con cláusula expresa de mejora.

Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, sólo determinan los

efectos jurídicos de la colación á los efectos de nuestros artículos 818 y 819, es decir, á los efectos de la deducción ó computación de la cuota legitimaria.

Guatemala, en su art. 993, no obstante la libertad de testar establecida en aquella República, dispone que todo lo que los hijos y descendientes hayan recibido con cualquier título de sus padre ó ascendientes, se traerá á colación para *consultar* en la partición la igualdad entre los herederos. El mismo precepto expresa el Código del Perú (art. 935).

El Código de Honduras, que literalmente sigue al Código español, en la inmensa mayoría de sus instituciones, no consigna disposición alguna acerca de la materia de colación. Como es sabido, Honduras no reconoce derechos legitimarios á los hijos y descendientes, sino una cuota alimenticia, admitiendo, en su consecuencia, la libertad de testar.

Méjico, como el anterior, admite la libertad de testar, omitiendo, por lo tanto, cuanto se refiere á la materia de colación.

Uruguay (art. 1075) define la colación, diciendo que ésta consiste en la agregación al cúmulo de la herencia, que hacen los herederos forzosos de los bienes que recibieron del difunto cuando vivía y que deben serles imputados en su respectiva legítima. La colación sólo se debe por el heredero forzozo á su coheredero.

Venezuela, acerca de la colación ó imputación, dispone (artículo 988), que el hijo ó descendiente que entre en la sucesión, aunque sea á beneficio de inventario, junto con sus hermanos ó hermanas ó descendientes, debe traer á colación lo que haya recibido del difunto por donación, directa ó indirectamente, excepto el caso en que el donante haya dispuesto otra cosa.

ARTÍCULO 1036

La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

La colación entre los herederos forzosos, según este artículo, que debe considerarse como excepción de la regla general establecida en el anterior, no tiene lugar en dos casos: 1.º, cuando el donante así lo hubiese dispuesto expresamente, y 2.º, cuando el donatario repudia la herencia. Examinemos ambos casos.

I. *Cuando el donante así lo hubiese dispuesto expresamente.*—Se llama á este acto dispensa de la colación. Puesto que la colación se funda en la presunta voluntad del causante, natural es que cuando de un modo expreso éste disponga que no se verifique, se respete desde luego su disposición, y no se presuma lo contrario. No bastan, pues, deducciones; se exige una declaración expresa.

Losana cita algunos ejemplos. Un padre con dos hijos, á cada uno de los cuales ha donado bienes, ordena que uno de ellos colacione en la herencia su donación. Debe presumirse que dispensa al otro de la colación, aunque bien pudo haber olvidado que éste era también donatario. De todos modos, como nada se dice *expresamente* en contra, la colación ha de verificarse.

El padre declara, al hacer la donación á un hijo, que le transmite la propiedad plena, absoluta y perpetua. Pudo pensar en dispensarle de la colación; pero no lo dijo expresamente, y de sus palabras no puede deducirse tal cosa, porque la propiedad plena de los objetos donados no es incompatible con la colación.

Habiendo un padre hecho donación á uno de sus hijos, lega al otro en su testamento una cantidad igual. Probablemente quiere compensar el haber de los dos hijos; mas como expresamente no ha dispensado de la colación, ésta ha de efectuarse por el donatario.

No es sin embargo, preciso el empleo de palabras sacramentales. El que al hacer una donación declara que entrega los bienes á título de mejora, ó dice que no se tengan en cuenta al verificarse la partición, ó que se apliquen á la parte libre, expresamente dispensa la colación. El testador que numera las donaciones que ha hecho á un hijo, y añade que de ellas debe sólo

colacionar tal y tal donación; expresamente dispensa la colación de las demás.

La dispensa de colación puede hacerse en el mismo acto de la donación ó en el testamento. En ambos casos, es opinión de los autores que el causante puede cambiar su voluntad hasta su muerte, exigiendo después la colación de que dispensó. Mas este cambio de voluntad ¿debe constar expresamente? Si la dispensa se hizo en testamento, y el testador lo anula por otro posterior, como el anterior ya no rige, es claro que la dispensa quedó sin efecto. Si la dispensa expresa se hizo constar en la donación, y un testamento posterior contiene institución de herederos por iguales partes, ¿se entenderá aquella dispensa revocada, y podrá, por tanto, exigirse la colación? Losana entiende que sí: la institución por igual envuelve cambio de voluntad. Opinamos en contra; ¿por qué no ha de referirse el testador á los bienes de su herencia, excluyendo los anteriormente donados con expresa dispensa? Pase que pueda revocarse esta dispensa; pero al menos preciso es que conste con toda claridad que tal fué la intención del testador.

¿Qué efectos producirá la dispensa de colación? No puede ser otro que el determinado en el art. 1035: el de no traer tal donación á la masa hereditaria para computarla en la regulación de las legítimas. Pero esto no es aplicable «al caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa», como expresamente lo declara el mismo art. 1036. Luego, cuando sea inoficiosa, y lo será siempre que perjudique las legítimas, ningún efecto puede producir la dispensa de la colación, á no ser que el donante haya expresado su voluntad sobre este punto, como deberá hacerlo para evitar dudas y cuestiones.

Si el testador hubiese ordenado, al dispensar la colación de la donación hecha á uno de sus hijos, que ésta se impute al tercio de libre disposición, ó que se tenga como mejora, así se llevará á efecto. En aquel caso se regulará el tercio por el valor líquido de los bienes que hubiere dejado el padre al tiempo de su muerte, sin agregar las donaciones. Y si ha de imputarse como

mejora, se regulará ésta por el caudal de legítimas, que lo constituirán los dos tercios del valor líquido de los bienes relictos á la muerte del padre, agregándose á él el de todas las donaciones colacionables, como se ordena en el art. 818, inclusa la dispensada de la colación, pues por esto no ha perdido aquel carácter.

De la mitad de estos valores pudo disponer el padre para mejoras de sus descendientes, y, por consiguiente, al pago de esta mitad en el concepto de mejora se imputará la donación, y si excediere, al pago de lo que le corresponda á ese donatario por su legítima, que será igual á las de sus coherederos. Y si nada hubiere dispuesto sobre ello el testador, toda la donación se imputará á las legítimas, como se ordena en el párrafo 1.º del art. 819, puesto que éste no distingue, y resulta hecha la donación á un hijo sin el concepto expreso de mejora.

En el comentario del artículo anterior hemos expuesto con extensión la forma en que ha de liquidarse la masa hereditaria para apreciar si son ó no inoficiosas las donaciones, la imputación de las mismas en cada caso y la restitución y aplicación del exceso cuando sean inoficiosas.

Cuando el testador dispensa la colación de la donación en general, sin ordenar que se impute al tercio de libre disposición, ni al de mejora, pero constando claramente su disposición en cuanto á la dispensa, el efecto natural de ésta, ha de ser el que hemos marcado al principio «no traer la donación á la masa hereditaria para computarla en la regulación de las legítimas», ó lo que es lo mismo, no hacer entrar la donación dispensada en el fondo común partible entre los herederos forzosos, á los efectos del art. 1035, con lo que, no siendo inoficiosa, quedará en beneficio exclusivo del donatario, y por no tener el carácter de mejora, será imputable al tercio libre, que es, en suma lo que establece el fallo de que pasamos á ocuparnos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de Junio de 1902, establece, con relación á esta parte del artículo que comentamos, la doctrina aplicable al caso especial á que se refiere y que no

se opone á la que dejamos establecida como regla general: es la siguiente: «Conviene distinguir para la más acertada inteligencia de los preceptos legales referentes á la colación de las donaciones, las que deben traerse á la partición para computarlas en la legítima, y las que deben comprenderse en la masa para saber si son inoficiosas ó no, y para computarlas, en su caso, en el tercio libre ó en la mejora, lo que sólo puede tener efecto cuando el donante, por modo expreso, manifieste así su voluntad, en obsequio al principio de la libertad de testar condicionado por las legítimas.»

«Empleada la palabra colación por el art. 1035 del Código civil en el primer sentido, según su texto mismo lo revela, de acuerdo con el origen histórico y fundamento filosófico de esta institución, que consiste en mantener la igualdad entre los hijos en la sucesión de sus padres y abuelos, es lógico inferir que cuando en el artículo siguiente se establece que la colación no tendrá lugar si el donante así lo dispusiese, salvo el caso de inoficiosidad, lo que se ha querido decir es que entonces no se imputarán las donaciones en la legítima; pero no que se prescinda de ellas en el inventario ó cuerpo general de hacienda para imputarlas donde corresponda, no sólo por la consideración expuesta, sino también para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades; á la manera que no se omiten, sin duda alguna cuando al hacerlas el causante por contrato ó por acto de última voluntad indica expresamente su propósito de mejorar, á tenor de los arts. 825 y 828, no obstante determinarse en el 1037 que no se entiende sujeto á colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiese lo contrario, siempre bajo la reserva del respeto debido á las legítimas.»

II. *Cuando el donatario repudia la herencia.*—Esta excepción es también natural. La colación sólo se debe por los herederos forzosos que concurran á una sucesión con otros que también lo sean. El que no llega á ser tal heredero por muerte, incapacidad, desheredación ó renuncia, no concurre á la herencia: luego no tiene que colacionar por su parte, ni le aprovecha la colación

á que puedan ser obligados los herederos, sin perjuicio de restituir el exceso si fuese inoficiosa.

En caso de muerte, incapacidad ó desheredación, los descendientes que sucedan como herederos forzosos en representación de su padre ó abuelo, serán obligados á la colación con arreglo al art. 1038. En caso de renuncia, no procede el derecho de representación. El heredero forzoso que renuncia la herencia queda como extraño á la sucesión, y si recibió donaciones del causante durante su vida, se convierte en un donatario extraño.

El art. 1036 resuelve en realidad una cuestion dudosa. Hecha donación á un heredero forzoso sin dispensa de colación ni de imputación, debe ser imputada á su legítima, según el artículo 819. El donatario sobrevive al donante y es capaz, por lo cual es llamado á suceder como legitimario; si renuncia la herencia, pudiera creerse renunciada la donación, que era sólo un anticipo de su legítima ó herencia. Sin embargo, la ley no lo entiende así. El heredero que renuncia, se entiende que no ha sido nunca tal heredero. La imputación á la legítima sólo es posible cuando la donación recae en persona que llega á ser heredero forzoso ó á tener derecho á legítima. El heredero renunciante no llegó á ser legitimario, luego debe estimarse como un extraño, é imputarse la donación á la parte libre. Así lo reconoce el art. 1036, porque al establecer que esa donación puede reducirse por inoficiosa, supone desde luego su eficacia y su subsistencia en lo demás.

III. *Cuestiones comunes á los dos casos que comprende el artículo 1036.*—A) Llama la atención de algunos autores que en el artículo 1036 sólo se hable de *donaciones*, á pesar de haberse referido el art. 1035 además á la dote y otros títulos lucrativos. Lo mismo ocurre en el art. 1040 y en algún otro. El legislador nombra donación en estos artículos á toda disposición entre vivos á título gratuito, y no deja de tener razón, porque la dote, la condonación, todos los títulos lucrativos por actos entre vivos, vienen á reducirse á un solo y verdadero concepto: la *donación*. El art. 1036 no es más que una excepción de lo dispues-

te en el 1035; lo mismo puede dispensarse la colación de una donación que la de la dote, ó la de otro cualquier título lucrativo.

B) Otros escritores, comparando las doctrinas de los artículos 1036 y 818, encuentran que son inconciliables. Suponen que las donaciones objeto de dispensa, y las hechas á los herederos forzosos que renuncian la herencia, *no son colacionables*, según el art. 1036. Si se colacionan á los efectos del art. 818, se infringe este artículo, que sólo ordena la agregación de las donaciones *colacionables*. Si no se colacionan, aunque no pequen de inoficiosas, es imposible desconocer que se amengua la legítima; porque será tanto menor cuantas más donaciones se eliminen en la cuenta.

Este razonamiento parte de un supuesto equivocado. Supone que, según el art. 1036, *no son colacionables* las donaciones á que se refiere, y el artículo no dice tal cosa; lejos de ello, reconociendo que son colacionables tales donaciones, permite que el donante pueda dispensar la colación, siempre que no sean inoficiosas. No existe, pues, contradicción alguna entre dicho artículo y el 818: ambos se refieren á las donaciones colacionables que define el 1035, y como son diferentes sus preceptos y tienen distinto objeto, ambos se aplicarán en sus casos respectivos, sin ninguna dificultad ni contradicción, como hemos demostrado en este comentario y en el anterior.

Téngase, sin embargo, presente la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1902, á que nos hemos referido anteriormente, pues la creemos también aplicable al caso de renuncia de la herencia por el donatario.

Concordancias.—Concuerda el art. 1036 de nuestro Código con el 2099 del Código de Portugal, y aunque no literalmente, en el fondo, con el 843, párrafo segundo, y 845 del Código francés, y 1001 y 1002 del italiano.

Argentina, en su art. 3518, dispone que la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante y en los límites de su porción disponible. Bolivia carece de precepto concordante, así como también Chile, Colombia, Ecuador,

Salvador, Honduras y Méjico, que, como hubimos de decir, omiten toda la materia relativa á la colación.

Los Códigos de Guatemala (art. 998) y Perú (art. 940) expresamente determinan que la renuncia de la herencia no exime al heredero de traer á colación lo que hubiere recibido.

Uruguay concuerda con nuestro derecho, estableciendo en su art. 1076 que toda donación que se hubiere hecho á un heredero forzoso que tenía entonces la calidad de tal, se imputará á su legítima, á menos que en la respectiva escritura ó en acto auténtico posterior, se exprese que la donación ha sido hecha de la parte disponible á favor de extraños. Aun en este último caso, si la donación excediere de la cuota disponible, el exceso estará sujeto á reducción (art. 865).

Venezuela asienta como nuestro Código, que se deben traer á colación las donaciones, excepto el caso en que el donante haya dispuesto otra cosa (art. 988), pero con la misma salvedad que la tradicional de nuestro Derecho, es decir, que aunque el hijo ó descendiente haya sido dispensado de la obligación de traer á colación lo recibido, no puede retener la donación sino hasta la concurrencia de la cuota disponible (art. 989).

ARTÍCULO 1037

No se entiende sujeto á colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso á salvo las legítimas.

Así como el art. 1036 es una excepción del 1035, el 1037 es una aclaración del mismo, si se quiere redundante, pero siempre conveniente.

La colación, en el caso del art. 1037, procede desde luego si se dan las circunstancias requeridas en el 1035; pero se colacionan ó agregan las donaciones nada más, nunca por tanto lo dejado en testamento, si no dispone lo contrario el testador. Lo dejado en testamento ha de sacarse de la masa hereditaria: por

regla general no se halla en poder del legatario: ¿cómo había de colacionarlo?

La razón de esto es evidente. La colación se funda en la presunta voluntad del causante, de que sus herederos forzosos sean igualados en su sucesión. Mas si el testador deja especialmente un legado á uno de sus herederos, es evidente que no quiere que ese legado se agregue ó colacione al fondo partible por igual, sino que distingue al legatario, dándole una cosa determinada ó una porción sobre su haber.

Lo mismo debe entenderse en caso de mejora expresa en testamento. La mejora será exclusivamente para el mejorado, aunque agregadas las donaciones al resto del caudal, proceda en cuanto á este fondo común la división por igual en virtud de la colación.

Aunque el art. 1037 habla, en general, de lo dejado en testamento, sólo puede referirse á lo dejado por título de manda ó de mejora. Lo que se deja por título de herencia, forma, precisamente, la masa hereditaria, á la que han de agregarse, á los efectos de la colación, las donaciones hechas á los herederos forzosos.

Disponiendo el testador de la tercera parte de sus bienes en favor de su esposa, dejando solo un hijo, suscitóse la cuestión de si la viuda debía recibir en la herencia además de esa tercera parte, otro tercio de la herencia en concepto de legítima, ó si debería entenderse pagada de este derecho con aquella disposición. El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de Febrero de 1900, fundándose, precisamente, en el art. 1037, y en que pueden perfectamente coexistir la voluntad del testador con el precepto de la ley, decide que la viuda debe en tal caso recibir, además del tercio de los bienes dejado en testamento, otro tercio en usufructo por su legítima.

El art. 1037 tiene una sola excepción racional, pero casi inconcebible. Esta excepción consiste en ordenar el testador lo contrario. Puede, en efecto, disponer que el legado que hace se agregue ó colacione; pero hay que convenir en que esto es una

anomalía, porque equivale, como dice Losana, á quitar con una mano lo que se da con la otra.

«En todo caso, termina el artículo, han de quedar á salvo las legítimas.» Esto es cosa sabida: ni había necesidad de expresarlo, ni afecta á la materia de la colación. La mejora, ó la suma de las mejoras, no puede exceder del tercio de la herencia; el legado, ó la suma de los legados, ha de caber en la parte de libre disposición. Las legítimas, como hemos dicho, y entiéndase excluída la parte de mejora en su caso, han de quedar siempre á salvo, aun contra la voluntad del causante, en virtud de los artículos 763 y 636, y no del 1037.

Un comentarista explica el art. 1037 del modo siguiente: «El verdadero concepto de la colación no es el que parece inferirse de este artículo, cuyo contenido es además poco inteligible. Pero relacionándolo con los 828 y 829, lo preceptuado en él es, en nuestro sentir, que cuando el testador ordena la colación respecto á lo dejado en testamento á algún heredero forzoso, se impute en primer término en la legítima, y en su caso el sobrante, si lo hubiere, se considera mejora ó legado; y por el contrario, cuando no disponga la colación, se impute en primer término como legado ó como mejora, y después en la legítima, sin perjuicio de lo establecido en el art. 829.»

Creemos que el citado autor confunde la imputación con la colación. Cuando el testador no ordena ésta, han de seguirse las reglas de los arts. 828, 829, 817, 819 y 820. Cuando la ordene, será por haber entregado en vida los bienes al heredero beneficiado, pues no se concibe de otro modo, y en este caso, el valor de lo dejado en testamento se agregará al de la masa hereditaria para regular las legítimas, y la imputación se hará como hubiere ordenado el testador, y si nada dispuso sobre esto, conforme á las reglas ya expuestas para las donaciones colacionables.

Concordancias.—Entre los escasos concordantes que el artículo 1037 tiene en los Códigos europeos, puede citarse el 1008 del de Italia. En el Código francés, art. 843, la regla es que los legados entran también en la masa general partible.

La generalidad de los Códigos, sujetando á colación sólo las donaciones entre vivos, excluyen desde luego lo que se deja en testamento.

Inspirándose en este criterio el art. 3513 de la Argentina, dispone que las demás liberalidades, que extensamente enumera el art. 1825, que el difunto hubiese hecho en vida á los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas á ser colacionadas.

Uruguay, establece (art. 1089), que las disposiciones relativas á colación se entienden sin perjuicio de lo dispuesto para las legítimas.

Intimamente relacionado con el art. 1037 de nuestro Código, dispone el 995 del de los Estados Unidos de Venezuela, que lo dejado por testamento no queda sujeto á colación, salvo disposición en contrario, y salvo, también, en el caso de que el heredero y legatario con derecho á legítima, sean las liberalidades recibidas inoficiosas, á menos que el testador les haya dispensado formalmente de tal imputación (art. 1013).

ARTÍCULO 1038

Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado.

También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, á menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare á la legítima de los coherederos.

ARTÍCULO 1039

Los padres no estarán obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos.

ARTÍCULO 1040

Tampoco se traerán á colación las donaciones hechas al consorte del hijo; pero, si hubieren sido hechas por el padre conjuntamente á los dos, el hijo estará obligado á colacionar la mitad de la cosa donada.

La materia referente á las donaciones que deben ó no colacionarse puede estudiarse bajo un doble aspecto: *en relación á la persona del donatario y en relación á la misma naturaleza ó índole de la donación.* Los arts. 1038 al 1040, que vamos á comentar, se refieren al primero de los indicados aspectos.

En primer término, sabemos por el art. 1035 que los que deben colacionar son solamente los herederos forzosos, cuando concurren con otros que también lo sean, y por el 1036 que no tiene lugar la colación cuando el donante expresamente la dispensa ó cuando el donatario repudie la herencia.

De los arts. 1038 al 1040 se desprende una regla general: los herederos forzosos no están obligados á colacionar más donaciones que las que en vida del causante hubiesen recibido personalmente y en nombre propio, no en representación de otro, ni pueden, á su vez, pretender, con pretexto de igualarse á ctros coherederos, que éstos colacionen donaciones que no fueron hechas á los mismos, sino á personas más ó menos allegadas á ellos, pero distintas.

De aquí lo preceptuado en los arts. 1039 y 1040: los padres no están obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos á sus hijos; el marido no está obligado á colacionar las donaciones hechas á su mujer, ni, viceversa, la mujer las hechas á su marido. Estos preceptos son tan naturales, que algunos estimarán que hasta huelga su expresión en el Código. Este los establece en evitación de toda duda: el padre administra y usufructúa los bienes de sus hijos, y el marido, por regla general, los de su mujer; pero las donaciones no fue-

ron hechas á ellos, y sólo el mismo donatario, heredero forzoso, ha de colacionar.

El precepto de dichos artículos se contenía en el 883 del proyecto de Código de 1851. Goyena decía: «El padre que hereda en nombre propio no puede ser responsable, y menos sufrir menoscabo en su legítima, por lo donado á otro, aunque sea su propio hijo; además, la colación no tiene otro objeto que establecer la igualdad entre los mismos coherederos; no debe, por lo tanto, colacionarse lo donado á los que no lo son. En cuanto á la segunda parte (la referente al marido), la ley 6.ª, tít. 15, Partida 6.ª, dice: «Si el padre fiziesse donación ó arras á la mujer »del fijo», debe traerse á colación; pero entonces había en el novio obligación de hacerlas, y se suponía que el padre las cumplía por el hijo.»

Cuando la donación se hizo conjuntamente á los dos esposos, ó al padre y al hijo, sin expresar la participación correspondiente á cada uno, el heredero forzoso deberá colacionar la mitad. Si se expresó la participación correspondiente á cada donatario, consta lo que debe ser colacionado, que es siempre lo recibido por el heredero forzoso personalmente y en su propio nombre.

Puede ocurrir que la donación hecha al hijo ó al cónyuge aparentemente vaya en realidad dirigida al padre ó al esposo, aunque no se comprende la razón de esta interposición de personas. Si se aprobase y declarase judicialmente que en realidad el donatario era el mismo heredero forzoso, quedaría obligado á la colación.

A la expresada regla, de la que son aplicaciones solamente los arts. 1039 y 1040, y aun el párrafo segundo del 1038, pone éste una excepción en su apartado primero, fundándose en el derecho de representación: «Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos ó primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre, si viviera, aunque no lo hayan heredado.»

Goyena dice: «Es una consecuencia forzosa el derecho de representación; además sería inicuo que los tíos aportasen á fa-

vor de los nietos del difunto, y éstos no lo hicieren á favor de aquéllos; la dilapidación del padre debe más bien perjudicar á sus hijos que á los hermanos y sobrinos.»

El derecho de representación procede en caso de premorir al donante el donatario, de ser incapaz ó de haber sido desheredado.

En el primer caso, que es al que parece referirse el artículo, no es indispensable que el representante haya sido heredero del representado, porque el derecho de representar lo recibe de la ley (art. 928), y no del representado ni por el hecho de recibir su herencia. Con el derecho de representación los descendientes adquieren los derechos que hubieran correspondido á sus padres, si hubieran vivido ó podido heredar, y con los derechos van las obligaciones inherentes á los mismos, siendo una de ellas la de colacionar las donaciones que esos padres hubieran recibido del causante, puesto que, al heredar hubieran tenido esa obligación.

Si, pues, aun renunciando la herencia del padre, y no resultando, por tanto, beneficiados con la donación los hijos que le representan, deben éstos colacionarla en la herencia del abuelo, á no renunciar también esta herencia ó mediar dispensa; es evidente que del mismo modo deberán colacionar cuando suceden al abuelo representando al padre en caso de incapacidad ó desheredación, si alguna vez subsiste en este caso la donación. El Código se refiere al caso de muerte, por ser el más frecuente y natural, y porque en los de desheredación é indignidad la donación debe haber sido revocada por ingratitud; mas, si así no fuese, la colación procedería en virtud de los principios expuestos.

Los hijos del representado constituyen, reunidos, una estirpe, y ocupan el lugar de su padre ó madre en la herencia del abuelo. Puede ocurrir que unos acepten y otros repudien la sucesión de dicho abuelo. En este caso los aceptantes quedan obligados á colacionar íntegramente la donación hecha á su padre, como únicos representantes del mismo, pues así como reciben ellos solos la porción que hubieran tenido que dividir con sus

hermanos si éstos no hubiesen renunciado, también sobre ellos solamente pesa aquella obligación.

Cuando los nietos suceden al abuelo representando á su padre ó madre, puestos en el lugar de éstos, colacionan lo que sus padres hubieran colacionado si hubieran llegado á heredar; en cambio, cuando los nietos suceden por derecho propio al abuelo, deben colacionar lo que ellos mismos hubiesen recibido del abuelo en vida de éstos, y no las donaciones hechas á sus padres.

Aunque el art. 933 parece suponer que los nietos heredan siempre por derecho de representación, sabemos que el precepto del 923 es terminante, que no cabe representar al que renuncia una herencia, y, por tanto, que renunciando el padre, por ejemplo, si era heredero único, son llamados sus hijos á la sucesión del abuelo, y no ciertamente por derecho de representación.

Esto supuesto, el art. 1038, en su párrafo segundo, resuelve una cuestión muy debatida entre los jurisconsultos: la de si los nietos que suceden *por derecho de representación* deben ó no colacionar, á más de las donaciones hechas á su padre ó madre, las que ellos mismos hubiesen recibido del abuelo; y la resuelve en sentido afirmativo, atendiendo más á la realidad de los hechos que á los verdaderos, pero más ó menos formularios, principios jurídicos.

Según éstos, la personalidad propia del representante desaparece; no es él, en realidad, quien sucede, sino el representado, y, por tanto, no le alcanzan más derechos ni obligaciones que los que á ese representado correspondiesen Fundándose en esto, era la opinión más generalmente admitida, y parecía la más lógica, la que imponía á los sucesores por derecho de representación la obligación de colacionar las donaciones hechas al representado, y, á lo más, las hechas á la estirpe ó grupo de representantes en conjunto, después de muerto su antecesor, pero nunca las hechas á uno solo de los descendientes que componen la estirpe.

El Código, menos lógico si se quiere, observando que se co-

lacionan las donaciones hechas á las personas que llegan á ser herederos forzosos, aunque no les corresponda este derecho en la época de la donación, y en cambio no se colacionan aquellas que se hacen á presuntos herederos forzosos si después no llegan á serlo por muerte, incapacidad ó renuncia, salvo el derecho de representación; y atendiendo á que en realidad, aunque sea fundándose en una ficción, los nietos resultan de hecho herederos forzosos, y se aprovechan de las donaciones colacionables hechas á los hijos coherederos suyos, ha creído más justo que lleven también á colación las donaciones que les fueron hechas por el causante durante su vida, á menos que el testador hubiese dispuesto expresamente lo contrario.

Véase en el comentario del art. 924 la sentencia del Tribunal Supremo de 21-25 de Julio de 1905. «Según en la misma se declara, la obligación que se impone á los nietos de colacionar todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, cuando en representación de éste hereden al abuelo concurriendo con sus tíos ó primos, responden únicamente á la necesidad de integrar el caudal hereditario para su debida división entre los partícipes.»

Termina el art. 1038 repitiendo que en ningún caso pueden las donaciones perjudicar la legítima de los coherederos. Ya sabemos que á tanto no alcanza nunca la voluntad del causante.

Concordancias.—El segundo párrafo del art. 1038 de nuestro Código no se encuentra en ninguno de los europeos que directamente hemos podido examinar. Los arts. 1039 y 1040 suelen figurar como uno solo en varios códigos extranjeros.

El párrafo primero del art. 1038 y los otros dos artículos están conformes con la doctrina contenida en los 847, 848 y 849 de los Códigos de Francia y Bélgica, 1004 al 1006 del código de Italia, 2100, 2101 y 2103 del de Portugal.

Argentina contiene en sus arts. 3515 y 3516 las mismas disposiciones que las de nuestro Código, en los artículos comentados, así como también Bolivia, aunque con concisión suma en su art. 641.

Del mismo modo Venezuela dispensa de la colación las dona-

ciones hechas al descendiente del heredero. El ascendiente que suceda al donante, el descendiente que en nombre propio suceda también al donante no esta obligado á colacionar las cosas donadas á su ascendiente, aunque acepte la herencia, pero si sucede por derecho de representación, deberá traer á colación lo que hubiese sido dado al ascendiente, aun repudiando la herencia de éste. Ultimamente dispone este Código las mismas exenciones que el nuestro con respecto á las donaciones hechas en favor del cónyuge de un descendiente, y la excepción relativa á las donaciones conjuntas (arts. 999 al 993).

Los demás Códigos hispano americanos que tratan de la colación, es decir, los de Guatemala, Perú y Uruguay, no tienen concordancia directa.

ARTÍCULO 1041

No estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre.

ARTÍCULO 1042

No se traerán á colación, sino cuando el padre lo disponga ó perjudiquen á la legítima, los gastos que éste hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero, cuando proceda colacionarlos, se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastade viviendo en la casa y compañía de sus padres.

ARTÍCULO 1043

Serán colacionables las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos de la suerte de soldado, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor y otros gastos análogos.

Estos artículos determinan los gastos que deben estimarse ó no colacionables, de los que los padres suelen ó aun deben hacer

por sus hijos, atendiendo á la índole ó naturaleza propia de tales desembolsos.

Se completan los vacíos que se notaban en la legislación anterior, señalando con claridad y precisión la doctrina que se estima más justa después de examinar nuestra jurisprudencia y la legislación extranjera sobre la materia.

En general, ya hemos dicho que, según el art. 1035, toda donación entre vivos á título gratuíto, hecha en favor de personas que lleguen á ser herederos forzosos, es colacionable cuando no pueda afirmarse que fué distinta la voluntad del causante.

Aquí debemos estudiar la cuestión más detalladamente, ya con aplicación á los preceptos de los arts. 1041 al 1043, ya á otros casos particulares más ó menos dudosos.

Expresamente considera el art. 1035 como colacionables las dotes; mas la especialidad que en cuanto á ellas pueda observarse, será examinada al comentar el art. 1046, así como lo relativo á los regalos de boda es objeto especial del 1044.

Distingue el legislador tres grupos de gastos y desembolsos que los padres hacen en vida por sus hijos y nietos: 1.° Gastos que no están nunca sujetos á colación. 2.° Gastos que no están sujetos á colación, sino en el caso de que el padre lo disponga. 3.° Gastos colacionables, á no disponer lo contrario el causante de la herencia.

I.—Gastos que no están sujetos á colación.

A) Previstos en la ley.—Son los expresados en el art. 1041.

La ley dicta un precepto general con relación á los herederos forzosos; pero es evidente que los gastos de educación, equipo y aprendizaje son solamente propios de los ascendientes con relación á sus descendientes. Los de alimentos y curación de enfermedades y los regalos de costumbre admiten más amplitud, por poder referirse también á otras personas.

Los gastos de alimentos, en su sentido más reducido, comprenden el sustento, habitación, vestidos y asistencia médica,

según el art. 142. En evitación de toda duda, la ley hace mención de los gastos de curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, esto es, cualquiera que sea la índole de la enfermedad, su causa, su duración y los gastos que ocasione. Estos gastos, así como los de educación y aprendizaje, impuestos por los deberes de la paternidad para poner á los hijos en condiciones de ganarse el sustento por sí mismos, suponen un desembolso gratuito, constituyen muchas veces, más bien que una liberalidad, un deber natural, moral y jurídico, y sería contra toda razón y piedad sujetarlos á colación. Aunque no se deban ó no sean jurídicamente exigibles, no empobrecen al donante ni enriquecen al donatario, ó constituyen donación de frutos ó intereses, porque de ordinario tales gastos no exigen entrega de capital, y se cumplen con las rentas del patrimonio de la familia ó los productos de los bienes, siendo en todo caso sumamente difícil y embarazosa su apreciación.

El equipo ordinario comprende los gastos de vestido y demás objetos de uso personal, que son necesarios para vivir en sociedad, con arreglo á la clase y condiciones del individuo y de su familia. Siempre que estos gastos sean proporcionados á su objeto y á los medios de la familia, y no excedan de lo usual y necesario, se consideran ordinarios; mas si exceden de lo natural, el exceso será colacionable por representar un gasto extraordinario.

Por regalos de costumbre deben entenderse los regalos módicos hechos en el día del santo ó del cumpleaños, ó al volver de un viaje, ó al realizarse algún suceso importante para la familia. Aparte de que es lo natural que todos los herederos forzosos, en cada grupo, sobre todo los hijos, disfruten de iguales ventajas, la ley no debe descender á detalles tan insignificantes y de tan difícil reconstitución y apreciación. Pero si se tratase de un regalo desacostumbrado ó excepcional, por la importancia de su valor, constituiría una verdadera donación y sería desde luego colacionable.

Soltero ó casado el hijo, mayor ó menor de edad, cuente ó no

con medios de fortuna, los alimentos que voluntariamente le presten sus padres, y aun también sus abuelos, más ó menos temporalmente, durante su vida, no están sujetos á colación. Y así debe ser; es absurdo que un hijo en la casa de sus padres, ó un padre en la casa de sus hijos, sea considerado como un huésped, á quien se cobra ó pone en cuenta la cama en que duerme ó el alimento que consume.

Ahora bien: por lo mismo que no siempre existe obligación de alimentar, cuando no exista, pueden negarse los alimentos, ó exigir por su prestación determinada cantidad, que, si no se abona, constituirá una deuda del heredero forzoso hacia la sucesión. Mas tal deuda no se presume; debe probarse por los coherederos.

Lo que hemos dicho de los alimentos es en su esencia aplicable á los gastos de educación, aprendizaje y curación de enfermedades. La ley no distingue, y no es lícito distinguir.

La educación y aprendizaje comprende la instrucción elemental necesaria para todas las carreras, profesiones, artes ú oficios; los gastos especiales para tal ó cual carrera ó profesión se comprenden en el art. 1042. Sean mayores ó menores los gastos hechos con un hijo determinado, dentro de los límites del artículo 1041, no están sujetos á colación. Cuando la ley quiere establecer un límite, lo fija: tal sucede con los gastos de equipo, que no han de traspasar los límites de lo ordinario, y con los regalos, que no han de exceder de los de costumbre. Los de educación y aprendizaje llevan en sí mismos, ó en su objeto especial, el límite necesario.

¿Puede el padre ordenar y exigir la colación de los gastos á que el art. 1041 se refiere? Entendemos que no, por ser absoluta la prohibición de la ley. Pero si el padre quiere igualar á todos sus hijos, puede hacerlo mejorando á los otros en una cantidad igual á la invertida en la educación y aprendizaje ó carrera de algunos de ellos. Así obtendrá el mismo resultado que con la colación.

B) *Gastos no colacionables deducidos de la ley.*—De los articu-

los 1041 y 1049 pueden deducirse otros gastos ó donaciones no sujetos á colación.

Si los frutos ó intereses de la cosa donada no se colacionan según el art. 1049; si la donación de rentas ó productos, frutos ó intereses, bien se destine á alimentos, educación, aprendizaje, equipo ó regalos, no se colacionan tampoco, debemos deducir que en todo caso los frutos ó rentas, ya constituyan el objeto propio de la donación, ya sean producidos por la finca ú objeto. que se donó, pertenecen al donatario y no deben colacionarse.

Esta afirmación parece muy atrevida. Sin embargo, la vemos aceptada por los comentaristas de varios códigos extranjeros, y entre ellos, por Losana, y Laurent. Y en efecto, es lógica y natural. Donada una finca, el donatario colaciona la finca, no sus frutos; donado un crédito, el donatario colaciona el capital, no los intereses; donado un establecimiento fabril ó comercial, se colaciona éste, no sus productos. Si el padre dona á un hijo estos productos, aquellos intereses, ó aquellos frutos, exigir su colación sería una inconsecuencia y hasta una injusticia, porque aquel á quien se donase lo principal guardaría para sí lo accesorio, y aquel á aquien se donase lo accesorio, tendría que devolverlo á la masa hereditaria, con lo cual se establecería la desigualdad entre los coherederos forzosos en vez de la igualdad, y la ley sería más exigente con el donatario de lo menos que con el donatario de lo más.

No procederá, por tanto, la colación cuando el causante renuncia en favor de un heredero forzoso un derecho de usufructo, ó de uso ó de habitación, que le corresponda sobre bienes del mismo ó de un tercero, ni cuando constituye estos derechos gratuitamente sobre sus propios bienes á favor del heredero, ni en el caso de cederle los productos de una finca determinada, ó los intereses de un capital, ó las pensiones de un censo, ni en el de perdonarle los réditos de una deuda, ni en el de arrendarle bienes por menos precio ó renta del que podía exigir, ni en otros casos análogos.

La ley presume que esos productos, rentas, frutos ó intere-

ses anteriores á la muerte del causante, habrían sido por éste consumidos ó gastados de todos modos durante su vida, y no formarían parte de su herencia.

Después de la muerte del causante todo varía: los frutos del capital se agregarían á éste, formando parte del mismo, y por esto se deben á la herencia, ya provengan de las cosas donadas sujetas á colación, ó de derechos de disfrute, ya constituyesen el objeto mismo de la liberalidad, como en caso de renta ó pensión, cesión de productos ó frutos, perdón de intereses, etc.

Si la donación consiste en una cantidad que se paga á plazos, aunque haya de durar muchos años, es colacionable, porque representa cesión de capital, y no de frutos de capital.

El art. 161 del Código nos ofrece un caso análogo á los examinados, en el que el legislador muestra su criterio, y nos lleva como de la mano á otro grupo de actos del causante, beneficiosos á los legitimarios, que, sin embargo, no producen la obligación de colacionar. El padre da á su hijo ó le deja el todo ó parte de las ganancias que obtengan con los bienes que éste adquirió con el caudal de aquél. Siendo el padre propietario y usufructuario de esos bienes, renuncia dichas ganancias: el hijo no adquiere el capital, sólo se utiliza de los productos, y no ha de llevarlos á colación. El capital no es suyo; las ganancias posteriores á la muerte del causante forman ya parte con aquel capital del caudal que deja á su fallecimiento.

Si el padre da á sus hijos una carrera lucrativa, cuantas ganancias obtenga cada hijo emancipado, en su carrera, son exclusivamente suyas, porque aunque se adquieren merced á la carrera costeada por el padre, y por ocasión de los actos del mismo, no constituyen donación ni aminoran el capital del causante.

Del mismo modo, si el padre renuncia una herencia por creerla perjudicial, y recae en sus hijos, á quienes no tuvo intención de donar, si los hijos después obtienen más ó menos beneficios en aquella herencia, no por eso deberán la colación. Los actos del padre dieron ocasión al beneficio, mas no hubo donación.

Si el padre constituye sociedad con uno de sus hijos, los dividendos que se repartan ó ganancias que se obtengan y recaigan en el hijo, no son colacionables, á no ser, como dice el Código de Italia, que medie fraude, figurando, por ejemplo, aportado por el hijo un capital que no existía, ó suponiendo una fecha de constitución anterior á la verdadera, encubriendo una verdadera donación.

En los actos onerosos celebrados por el causante con sus herederos forzosos procede la colación si se prueba que fueron simulados, como si se vende por aquél á alguno de éstos una finca por su justo precio, pero se justifica que ese precio fué figurado para encubrir una donación.

En cambio, al vender una casa por menos precio de lo que valía, siendo real ó verdadera la venta, sólo podría pretenderse la colación por la diferencia de valor, y esto en el caso de que la venta no fuese necesaria al causante y de que hubiese quien diese más por ella, esto es, probándose que la intención fué donar esa diferencia, pues de otro modo no hay razón para exigir que, con relación á herederos forzosos, el precio haya de ser siempre el justo, ya que tal exigencia no existe con extraños.

Ahora bien: si en los actos onerosos celebrados por el causante con un heredero forzoso, éste obtiene después algún beneficio más ó menos extraordinario, aunque adquirido con ocasión de los actos del mismo, no puede pretenderse que esos beneficios se colacionen.

Si un padre regala á cada uno de sus hijos un décimo de lotería, y después resulta alguno de ellos agraciado con un buen premio, esta cantidad no es colacionable.

Todo esto es, desde luego natural: pero además se deriva del artículo 1035, que exige bienes ó valores *recibidos* del causante por el heredero forzoso. Siempre que los bienes ó valores no procedan directamente del causante, no sean entregados por él, aunque se adquieran con ocasión del mismo, ó por su mediación ó intervención, la colación de esos bienes ó valores no es procedente.

II. —Gastos no sujetos á colación sino en el caso de que el padre lo disponga.

La disposición del art. 1042 es peculiar á las relaciones entre padres é hijos. Los gastos hechos por el abuelo para dar carrera profesional ó artística á uno de sus nietos, se regirán por los arts. 1038 y 1039, según hayan sido hechos en vida del padre, ó siendo ya el nieto heredero forzoso de su abuelo.

Comprendidos los hijos naturales entre los herederos forzosos, es dudoso si se comprenden ó no en el precepto del artículo 1042. Siguiendo nuestro criterio, según el cual el legislador con la palabra *padre ó hijo* alude siempre á la familia legítima, y cuando otra cosa pretende añade el calificativo de «natural», debemos deducir que al dictar el artículo sólo se pensó en los hijos legítimos. Con relación á la colación propiamente dicha, la cuestión sólo afecta, sin embargo, á los descendientes naturales *entre sí*, porque los legítimos sólo pueden exigir la agregación al efecto de determinar la porción forzosa (art. 818), y reducir esos gastos si resultaren inoficiosos. Y puesta la cuestión en este terreno, no vemos inconveniente en admitir la idea ó ampliar el precepto á los gastos hechos para dar carrera á un hijo natural, pues existe una evidente razón de analogía.

Téngase, pues, presente que así como los gastos de que habla el art. 1041 estimamos que no han de reunirse ficticiamente á la masa, ni aun para los efectos del art. 818, los gastos á que alude el 1042, siempre son agregables á la masa con el fin de fijar las legítimas, pues claramente lo indica el mismo artículo con las palabras: «ó perjudiquen la legítima».

Los gastos hechos para dar á los hijos una carrera profesional ó artística, son menos necesarios que los de alimentos, educación y aprendizaje, y al mismo tiempo más importantes y extraordinarios. De aquí la regla distinta dictada en cada caso por el legislador. Estos gastos se refieren á los libros, matrículas, derechos de examen, viajes necesarios, pensión en colegios, títulos, honorarios de profesores, utensilios, aparatos ú objetos

precisos para el arte ó profesión, etc. Pueden variar mucho de unos á otros hijos, completan la instrucción que los padres han creído más conveniente, y exigen á veces desembolsos del capital, por lo que, aunque en principio no se sujetan á colación, se faculta al padre para que la exija en absoluto ó en la medida que juzgue oportuna para restablecer entre sus descendientes la igualdad.

Abarca la ley todos los gastos hechos por el padre para dar cualquier carrera á sus hijos, siempre que sea profesional ó artística, con exclusión, por supuesto, de los de primera y segunda enseñanza, comprendidos en el art. 1041. El 886 del proyecto de Código de 1851 habla de «los gastos hechos por el padre para dar á sus hijos la carrera de estudios, de las armas, diplomática ú otra que prepare para ejercer una profesión que requiera título, ó para el ejercicio de las artes liberales, por razón de título clerical, etc.», sujetando estos gastos á colación, á estos mismos gastos se refiere el art. 1042.

Una vez dada la carrera, si el padre compra al hijo, médico ó abogado, una biblioteca, si monta una botica ó un comercio, si construye para el marino una embarcación, si costea un equipo extraordinario al militar, etc., estos gastos posteriores y excepcionales deben estimarse sujetos á colación mientras el causante no disponga lo contrario.

Al establecer el art. 1042 su regla resuelve una cuestión importante, y al resolverla viene á señalarnos una de las razones del precepto. El hijo que sigue la carrera fuera del domicilio de sus padres, no consume en su casa, no gasta en ella; los demás hijos que viven con sus padres reciben alimentos; esto es, sustento, habitación y vestidos, y estos gastos no han de colacionarlos; justo es por lo mismo que, cuando la colación de aquellos otros gastos de carrera se exija (en el más amplio sentido de la palabra), bien porque el causante así lo disponga, bien porque, computados en su totalidad, perjudiquen á la legítima de los otros hijos, se rebaje de ellos lo que aquel hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres. Con ello no se

hace más que igualar la condición de todos los hijos. Si rebajados esos gastos no se perjudica la legítima, no procede su reducción; lo que prueba, como dijimos antes, que los gastos de alimentos, educación y aprendizaje no son agregables á la masa, ni aun á los efectos del art. 818.

III.—Gastos colacionables, á no disponer el padre lo contrario.

Se expresan en el art. 1043.

a) Figuran en primer término las cantidades satisfechas por el padre para redimir á sus hijos del servicio militar. Aunque la ley sólo habla del padre, es evidente que el precepto es aplicable igualmente á la madre y á los demás ascendientes, y tanto al padre legítimo como al natural. Se trata de un desembolso de capital que altera la igualdad, sobre todo entre los hijos y las hijas, y la ley, cortando cuestiones, sujeta esos gastos á colación.

Goyena, comentando el art 885 del proyecto de Código de 1851, estimaba no sujeta á colación la cantidad satisfecha por los padres para redimir á sus hijos, añadiendo: «yo tengo por muy razonable esta disposición, ya por la naturaleza noble del servicio y por el beneficio que reporta al Estado, ya porque el padre utilizará en provecho suyo el trabajo del hijo, y no lo utilizaría estando en el servicio». Esta doctrina es tan exagerada, en sentido opuesto, como la del Código.

Losana admite, tomándola de la jurisprudencia italiana, una doctrina muy racional. Cuando la redención del servicio militar produzca un beneficio sólo para el hijo, constituye una verdadera liberalidad, justamente sujeta á colación. Cuando produce un beneficio para toda la familia, como en el caso de que el hijo ejerza un arte ó profesión con cuyos rendimientos sostenga á sus padres ó hermanos, ó en el de que él lleve el cuidado de la hacienda, sería inicuo ó injusto que los gastos de la redención gravasen á ese hijo, imponiéndole la colación en la herencia.

El Código no deja lugar á duda en la regla general que es-

tablece. Supone sin duda el legislador que cuando la colación de lo gastado en redimir á un hijo envuelva injusticia, el padre dispondrá que no se colacione, ó mejorará á ese hijo.

En la época en que se publicó el Código civil, regía la ley de Reclutamiento y Reemplazo de 11 de Julio de 1885, modificada por disposiciones posteriores, que no se citan, por carecer de todo interés.

En aquella ley, en armonía con el art. 3.° de la Constitución política de España, se asentaba el principio de que el servicio es obligatorio para todos los españoles, pero este principio justo, educador y eminentemente de disciplina social, se anulaba después por las disposiciones de la misma ley que permitía la *redención á metálico* del servicio ordinario de guarnición, mediante el pago de 1.500 pesetas, pero como quiera además que en tiempo de guerra eran llamados primeramente los reservistas (ahora primera reserva) y los excedentes de cupo, resultaba que el redimido de la suerte de soldado, que dice el Código, exento solamente del servicio de guarnición, se eximía también en absoluto de toda prestación militar, tanto en tiempo de paz como en el de guerra.

Hechos luctuosos que están en la memoria de todos, revueltas del proletariado y necesidad evidente de no sostener por más tiempo la mayor de las injusticias de los tiempos presentes, la desigualdad irritante en el pago de la que hubo de llamarse contribución de sangre, obligaron á los legisladores después de un largo laboreo, lleno de indecisiones, á establecer el servicio militar obligatorio, es decir, el que obliga á todos los ciudadanos válidos y en virtud de sorteo á la servidumbre militar.

La novísima ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, conforme á las bases aprobadas por las Cámaras en 29 de Junio de 1911, publicada por Real decreto de 19 de Enero de 1912, dispone en su art. 1.°, que el servicio militar obligatorio para todos los españoles en aptitud para manejar las armas, constituye un título honorífico de ciudadanía que debe prestarse *personalmente* por aquellos á quienes llama la ley.

Este principio se corrobora en el art. 4.° que rotundamente dispone que la prestación del servicio de las armas por su condición personal no admite la *redención* á metálico, la *sustitución* en el cambio de número ó situación militar; ahora bien: como después la ley en diversos artículos (principalmente del 267 al 269 y concordantes) *suaviza* la condición, y admite las redenciones del tiempo de servicio en filas para aquellos que tengan determinadas condiciones de instrucción (científica, literaria, artística, etc.), ó para aquellos que abonen determinadas cuotas que oscilan de 1.000 á 2 000 pesetas, resulta que el sistema de reclutamiento español no es *obligatorio* propiamente dicho, sino el denominado reclutamiento general gradual, ó sea, el que obliga á la prestación militar á todos los ciudadanos válidos mediante sorteo, pero suavizándole en *forma* y *duración* para aquellos que se costean su equipo ó su caballo y abonen 2.000 pesetas, en cuyo caso, el servicio en filas es de cinco meses, divididos en dos períodos de tres meses el primero y dos el segundo, sirviendo diez meses en tres períodos, si abonasen la cuota de 1.000 pesetas.

Resulta, pues, que atendida la cuantía de la cuota, se suaviza para los soldados de esta clase, el servicio militar, y se limita extraordinariamente su duración, dicho se está, que en tiempo de paz, y como quiera que estas cantidades de que se desprende el padre, redimen al hijo, de las durezas y molestias del cuartel, donde toda incomodidad tiene su asiento, que diría el gran Cervantes, si jirase una inspección á los establecimientos militares de este orden, le evitan además servicios penosos, le conceden consideraciones y privilegios sobre los demás soldados no de cuota, y últimamente pueden perjudicar la legítima de los demás hijos, estimamos que deben ser colacionables, y que por lo tanto, el primer inciso del art. 1043 de nuestro Código, debe tener aplicación á los casos de exenciones examinadas de la novísima ley de Reclutamiento, puesto que, si bien hoy, no se redime á los hijos de la suerte de soldado, por el pago de una cuota mayor ó menor, se les puede redimir de un

sinnúmero de molestias y hasta de penalidades, según sea el temperamento y educación del individuo.

De todos modos el precepto de nuestro derecho tendrá larga duración, dado lo reciente de la reforma, y no creemos que hayan de presentarse grandes dudas en la aplicación del artículo.

b) Son también colacionables las cantidades satisfechas por el padre (entiéndase causante) para pagar deudas del hijo (entiéndase heredero forzoso).

El precepto es justo y racional. El pago de deudas constituye una verdadera liberalidad, siempre que el heredero forzoso estuviese civilmente obligado á satisfacerlas, ó exigiese su satisfacción; pero si en virtud de prescripción, compensación etc., no procede el pago, ni el heredero pretende pagar por su moral obligación en algún caso, en realidad no obtiene beneficio alguno, y no puede ser compelido á la colación. Se dirá que la ley no distingue, pero no es esa la cuestión: la ley habla de *deudas* ú obligaciones en el supuesto de ser exigibles, y cuando deudas no existan, el precepto no es aplicable.

El mero hecho de ser un padre fiador personal de su hijo, ó asegurar con prenda ó hipoteca obligaciones del mismo, procedentes de préstamos, ejercicio de un cargo, administración de bienes, etc., no constituye el pago de deudas á que el art. 1043 se refiere, y no es materia de colación. Si por no pagar el hijo, ó por no cumplir sus obligaciones, tuviese que hacerlo por él su padre como fiador, las cantidades satisfechas más bien constituirían un crédito á favor de la herencia. Si al morir el padre estuviera pendiente su accesoria obligación, ésta pasaría á sus herederos con el carácter de un crédito eventual contra el principal deudor aplicándose las reglas relativas á la fianza.

Como observa Losana, el pago de deudas produce la colación cuando el causante paga por pura liberalidad, pues si lo hace con intención de recobrar del heredero forzoso lo que por él satisfizo, la relación, que se establece no es la de donante á donatario, sino la de acreedor á deudor. La misma distinción

cabe establecer con relación á la fianza, aunque por regla general no constituirá donación.

Los efectos son muy distintos. El heredero forzoso, como donatario, no está obligado á colacionar si renuncia la herencia; como deudor, esta renuncia no le exime del pago. Como donatario, responde de la colación solamente á sus coherederos forzosos; como deudor, responde á toda clase de herederos, á los acreedores y á los legatarios. Como donatario, no puede oponerse á colacionar fundándose en la prescripción; como deudor, puede librarse del pago si el crédito ha prescrito.

Debe presumirse que se trata de deuda, y no de donación, cuando se estipulan intereses, se firma recibo, anota el causante lo pagado entre sus créditos, etc. Pero en caso de duda, el hecho se consid rará más bien donación, por deber presumirse esta solución la más conforme con la voluntad del causante, ó con sus sentimientos hacia los que son sus herederos forzosos.

c) Son también colacionables las cantidades satisfechas por conseguir á los hijos un título de honor. Gasto supérfluo, que á nada útil en sentido económico conduce, la ley entiende que debe estar siempre sujeto á colación. Ejemplos de esta clase de gastos, son los de un título de Duque, Conde ó Marqués, los de una condecoración honorífica nacional ó extranjera, una presidencia honoraria de sociedad, cámara, junta, liga, etc., y aun estimamos aquí comprendidos los gastos para conseguir ser elegido Senador, Diputado á Cortes, Diputado provincial, Concejal, etc.

d) Son actos análogos á los que se citan en el art. 1043, fuera de los examinados en su estudio, el de la redención del servicio militar, el de sustitución del mismo, si en algún caso fuese aun permitida; al del pago de deudas, las cantidades pagadas en caso de responsabilidad civil ó criminal del hijo ó heredero forzoso; las satisfechas para que pueda tomar parte en una subasta, etc.; y al de conseguir un título de honor, el obtener cualquier plaza, cargo ó gracia cconómicamente inútil.

e) El art. 816 determina expresamente que debe colacionarse

lo recibido por un heredero forzoso de su causante, por haber renunciado aquél su legítima, ó transigido sobre la misma, en el caso de que reclame después su legítima, fundándose en la nulidad de la renuncia ó transacción, declarada por dicho artículo.

En todos estos casos en que la ley impone á los herederos forzosos la obligación de colacionar, podrá dispensarla el causante de la herencia, conforme á lo prevenido en el art. 1036. Véase con su comentario.

Concordancias.— La distinción establecida en los arts. 1041 al 1043 de nuestro Código no se encuentra en ninguno de los Códigos tanto europeos como americanos. El grupo de actos no sujetos á colación sino en el caso de que el causante lo disponga (artículo 1042), no aparece en los referidos Códigos, los cuales sólo distinguen entre gastos sujetos y gastos no sujetos á colación.

El grupo formado por los últimos viene á ser igual en todas las legislaciones, como lo prueba el art. 852 del Código francés, 1009 del italiano y 2105 del portugués.

El pago de deudas es siempre acto sujeto à colación, más de ordinario también lo es el de dar carrera á los hijos, salvo, como es natural, dispensa por el padre. Véanse los arts. 851 del Código de Francia, 1007 del de Italia y 2104 del de Portugal.

Argentina, en su art. 3514, dispone los mismos particulares que los contenidos en nuestros arts. 1041 y 1042, acerca de los gastos no colacionables. Lo especialísimo del art. 1043 de nuestro Código no tiene concordancia en el Argentino.

Bolivia (art. 640) dispone *que no se descontarán* los gastos de alimentos y educación, ó los hechos por los padres en dar á sus hijos una profesión literaria ó arte mecánica, los comunes para vestir con decencia y los de bodas, así como también los realizados para procurarles libros *preciosos*, armas ò instrumentos necesarios.

Dentro de la materia de legítimas y mejoras, los Códigos de Chile (arts. 1188, 1198 y 1203); Colombia (arts. 1246, 1256 y

1261), y Ecuador (arts. 1178, 1188 y 1193), eximen de la colación los regalos moderados, los dones manuales de poco valor, los gastos de educación, y los presentes hechos á un descendiente con ocasión de su matrimonio; pero se imputarán á la legítima los desembolsos hechos para el pago de deudas en cuanto hayan sido útiles para realizar dicho pago.

Guatemala (art. 994) y Perú (art. 936), limitan la exclusión de colacionar á los gastos de alimentación y educación.

Uruguay exime también de colación los gastos de alimentación, educación, aprendizaje, equipo de bodas. Los hechos en dar á los hijos la carrera del foro, de las armas, del estado eclesiástico, ó cualquiera otra profesional que requiera título para el ejercicio de las artes liberales, se traerán á colación, *á menos que la dispensen los padres* en lo que no perjudiquen á la legítima, con las mismas deducciones que las establecidas en nuestro Código (arts. 1081 y 1082 del Código de la República Oriental del Uruguay).

Venezuela, como modalidades de lo que no se debe traer á colación, además de los gastos de manutención, educación, instrucción, ordinarios de vestido, matrimonio y regalos de costumbre (art. 997), dispone que tampoco se colacionarán las ganancias que el heredero haya obtenido en virtud de contratos celebrados con el difunto, con tal que éstos no hayan obtenido alguna ventaja indirecta en el momento de su celebración (artículo 998), ni por las Sociedades formadas sin fraude entre el difunto y alguno de sus herederos, si las condiciones se han ajustado por un acto que tenga fecha cierta (art. 999).

ARTÍCULO 1044

Los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento.

Este artículo se refiere solamente á los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, exceptuándolos de la re-

gla general del art. 1035. No estimamos que la ley quiera aludir á toda clase de bienes muebles. Propiamente el equipo sólo comprende los efectos necesarios á un individuo para su uso personal, y aun vulgarmente lo aportado al matrimonio en ropa blanca. Así, pues, los bienes muebles no necesarios para el uso personal del desposado, así como los inmuebles y derechos reales que puedan donarse por razón de matrimonio, siguen la regla general de esta clase de donaciones.

Tenemos, pues, con arreglo al art. 1044, que los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducen como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo ó más de la cantidad disponible por testamento, esto es, en un décimo de la porción libre en cada caso, conforme á los arts. 808 y 809. Sin esta declaración, tales regalos, que son una verdadera donación á título lucrativo, deberían colacionarse en su totalidad, conforme al art. 1035, y para los efectos que en él se determinan, y sólo podrían reducirse como inoficiosos, cuando excedieran de lo que el donante pueda dar por testamento (art. 636).

Pero el legislador, por razones muy atendibles de equidad y de conveniencia social, y para evitar el abuso de que, por vanidad ó por cariño, sean excesivos los regalos de boda con perjuicio de las legítimas, les ha impuesto la prudente limitación de que no puedan exceder de la décima parte del valor de los bienes de que el donante pueda disponer libremente por testamento. En lo que excedan de esta medida serán inoficiosos, y el donatario habrá de colacionar el importe del exceso, si es heredero forzoso del donante, y concurre á su sucesión con otros que también lo sean.

Para fijar á dicho efecto la porción de la herencia de que puede disponerse libremente por testamento cuando hay herederos forzosos, se atenderá al valor líquido de los bienes que tenga el donante al tiempo de su muerte, como se declara en los artículos 654 y 818, y hemos expuesto en el comentario del 1035.

Nada indica el artículo que estamos comentando respecto de las personas que hayan hecho los regalos de boda á que se refie

re: sólo declara que tales regalos podrán reducirse como inoficiosos en la parte que excedan en un décimo de la cantidad disponible por testamento. De aquí se deduce que sólo se refiere á los ascendientes y descendientes que dejen herederos forzosos, ó con derecho á legítima, porque sólo éstos pueden pedir la reducción de las donaciones inoficiosas, como lo declara el artículo, 655, teniendo que esperar para ello á que muera el donante. El que no se halle en este caso, sea pariente ó extraño. puede donar todos sus bienes presentes, sin otra limitación que la que determina el art. 634, y por consiguiente, no puede estimarse comprendido en la disposición del 1044. Y tampoco los novios ó esposos por los regalos de joyas, vestidos y equipo que se hagan el uno al otro por razón de su matrimonio, pues este caso se rige por el art. 1331, que les permite donarse hasta la décima parte de sus bienes presentes. Véase el comentario de dicho artículo.

Concordancias.—Los Códigos de Francia, Italia y Bélgica no sujetan á colación los regalos de boda. Los de Chile, Colombia y Ecuador expresan también que no se tomarán en cuenta para la fijación de las legítimas, mejoras y parte libre, ni para su imputación, los presentes hechos á un descendiente con ocasión de su matrimonio.

Nuestro Código no se ha atrevido á tanto; no excluye en absoluto de la colación esos presentes ó regalos, sino que, temiendo el abuso por parte de los donantes, les pone un límite más allá del cual son colacionables, y se refiere solamente á los regalos que consistan en joyas, vestidos ó equipos, como ya se ha dicho.

Los demás Códigos hispano-americanos, y muy especialmente los de Argentina, Bolivia, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela, carecen de concordante directo con el particular contenido en el art. 1044 de nuestro Código. Generalmente se ocupan de la determinación de los bienes dados en dote, pero sin correlación con la materia del artículo objeto del comentario.

ARTÍCULO 1045

No han de traerse á colación y partición las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación ó dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio.

El aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, será á cargo y riesgo ó beneficio del donatario.

La colación puede realizarse de dos modos distintos: ó entregando, esto es, devolviendo al caudal *las mismas cosas* que se donaron, para que, mezcladas con las demás, se realice la partición, ó agregando á la masa *un valor igual* al que representen los objetos donados, se conserven ó no éstos en poder del donatario. Lo primero constituye una reunión ó agregación *real, material*; lo segundo, una reunión ó agregación *ficticia*.

La agregación material ó de las mismas cosas, además de ser incompatible con el derecho de propiedad transmitido al donatario, es en muchos casos de imposible realización.

Comprendiéndolo así, el derecho francés impone la agregación ficticia con relación á los bienes muebles, y aun á los inmuebles enajenados por el donatario; y en cambio concede *á los coherederos* la facultad de exigir la agregación material de los inmuebles que se conservan, cuando no haya en la herencia otros de la misma naturaleza, valor y bondad con los cuales puedan formarse lotes para que sean igualados los demás coherederos.

Este sistema, que origina muchas dudas, fué modificado por el Código italiano, según el cual se conserva la obligación de colacionar ficticiamente ó por su valor, en cuanto á los bienes muebles y á los inmuebles enajenados ó hipotecados, y se concede facultad *al donatario* para aportar los demás bienes inmuebles en la forma que quiera, real ó ficticiamente.

Aun este sistema exige la resolución de muchos casos particulares, y sacrifica á la igualdad de partición, en la calidad de las cosas, el derecho del donatario sobre la cosa que se le donó. Mueble ó inmueble, enajenada ó no, la cosa pasó al donatario y debe conservarla en cuanto no perjudique de un modo real y numérico á sus coherederos. Para evitar este perjuicio, basta la agregación ficticia ó colación del valor de los objetos que se donaron, y así lo establece como regla única nuestro Código en el artículo 1045, y lo establecía ya el 887 del proyecto de 1851.

Resuelta esta cuestión del modo más racional y sencillo para armonizar intereses opuestos, quedaba aún otra por resolver, también de gran importancia. ¿Cuál debe ser el valor agregado á la masa: el de las cosas donadas en el día de la donación, ó el de esas mismas cosas al abrirse la sucesión?

Fué opinión generalmente admitida la segunda. Los bienes se suponen adquiridos en el momento de la muerte del causante, á cuya época debe atenderse para todos los efectos de la sucesión. Además, los bienes donados, si hubieran seguido en poder del difunto, habrían sufrido parecidas modificaciones, no pudiéndose pretender que se conservaran idénticos á la época en que se donaron. Puesto que en virtud de la colación vuelven los bienes á la masa, ha de suponerse que la donación no se realizó.

Del derecho romano se deducía esta doctrina, aceptada en nuestra patria y establecida en algunos códigos, si bien el donatario tenía derecho á los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa donada, y debía responder de la pérdida ó deterioro en caso de culpa ó negligencia.

La generalidad de las legislaciones distinguen entre bienes muebles ó inmuebles, colacionándose aquéllos por su valor al tiempo de la donación, y éstos por su valor al abrirse la sucesión.

El art. 887 del proyecto de Código de 1851 se separó de esta doctrina, sustituyéndola por otra más sencilla, aceptada hoy por el legislador en el art. 1045. Ha de atenderse al valor de los

bienes en el tiempo de la dote ó donación, porque eso fué lo que en realidad se donó, y puesto que el donante transmitió la propiedad de la cosa ó derecho, el aumento ó deterioro y aun su pérdida fortuíta, es para su dueño ó donatario, como afirma Goyena.

La única dificultad que se presenta, añade Goyena, es la de estimar los inmuebles no estimados al tiempo de la donación, pues lo inmueble no se desfigura ni altera fácilmente. Supone, sin duda, que los muebles debieron darse estimados ó es fácil valuarlos, porque es lo cierto que el artículo no distingue y habla del valor de las cosas donadas ó dadas en dote, aunque no se hubiese hecho su justiprecio al tiempo de la donación.

Es, en efecto, una dificultad hallar el valor de los objetos donados cuando no se hizo constar á su tiempo, han transcurrido muchos años, y tal vez no existen siquiera. Mas esa dificultad precisamente afecta con especialidad á los bienes muebles.

Las donaciones de bienes *inmuebles*, para ser válidas, han de constar en escritura pública, y apenas es concebible que en ella no se exprese el valor, mucho más atendiendo á que debe pagarse el impuesto de derechos reales correspondiente á la transmisión. Pero, en fin, aunque en algún caso ocurra que no se hubiese expresado el valor, lo inmueble, como dice Goyena, no se desfigura fácilmente, y si no hay conformidad entre los interesados, fácil es su tasación, teniendo en cuenta la naturaleza, situación, clase y medida superficial, aun en el supuesto de que el inmueble hubiese desaparecido ó se encontrase muy deteriorado. También puede recurrirse á los datos del amillaramiento.

Aunque la base sea el mismo inmueble, cuando exista en poder del donatario ó de un tercero, ha de atenderse á los precios medios de venta en la época de la donación, que pudieran ser muy diferentes por multitud de circunstancias. En su caso, el donatario justificará las mejoras hechas ú obtenidas, ó los coherederos los deterioros experimentados por cualquier causa.

Así, si la finca vale 15.000 al abrirse la sucesión, y las me-

joras provenientes de la naturaleza ó del tiempo, ó hechas por el donatario, ascienden á 5.000, sólo deberá colacionarse por 10.000. Viceversa, si la finca vale 15.000 pesetas actualmente, pero se prueba que ha desmerecido su valor, sea por causas naturales ó accidentales ó por incuria del donatario en cuanto á 5.000 pesetas, la colación se efectuará por 20.000.

En los bienes muebles la cuestión es más difícil. Si al realizarse la donación se hizo el avalúo de los objetos, como suele ocurrir en las dotes, ó si los interesados se convienen en el valor con que deben figurar, no hay cuestión. En otro caso, como expresa el código de Italia, habrá de recurrirse á la tasación pericial, calculando el valor de cada objeto en la época de la donación, bien en vista del mismo objeto más ó menos deteriorado, y prescindiendo en su caso de los accesorios agregados con posterioridad, bien valiéndose de la descripción de los objetos facilitada por los interesados ó contenida en documentos, ó atendiendo á su naturaleza, clase, número, uso, etc., aunque esos objetos hubieren perecido.

En todo caso, aunque conste el valor, no es obligatorio para los interesados aceptar el que se expresó. Pudo exagerarse ese valor por aparentar más explendidez ó por vanidad del donante, ó pudo disminuirse, como ocurre con mayor frecuencia, para evitar gastos en el papel sellado, impuesto de derechos reales y honorarios. El valor agregado debe ser siempre el verdadero. Ahora bien: si se fijó al donar, para alterar lo fijado ha de mediar conformidad ó prueba de que hubo aumento ú ocultación.

La regla sobre el aumento, deterioro ó pérdida se establece como absoluta. Se presentan, no obstante, circunstancias excepcionales. Así, si el mismo donante realiza mejoras en la finca donada, habrá una nueva donación. Si el mismo causante, administrando los bienes donados á un menor ó incapaz, ocasiona por culpa ó negligencia propia su pérdida, no es justo exigir la colación.

Si los mismos coherederos forzosos destruyen la cosa donada,

procederá la colación por el donatario; pero aquéllos deberán indemnizar los daños y perjuicios que ocasionaron. Sirva de ejemplo el caso de que un hermano, coheredero único, pide prestado al donatario el caballo que se le donó, y lo inutiliza en una carrera, ó usando una sortija, la pierde por descuido, culpa ó negligencia.

La ley en el art. 1045 no habla de gastos ni de mejoras, sino de aumento experimentado por los bienes que se donaron. El donatario no puede pretender que se deduzca del valor actual el importe de los gastos necesarios, ni el de los útiles, ni el de los de lujo ó recreo, y mucho menos, en su caso, los de cultivo ó recolección. Sólo ha de tenerse en cuenta el aumento ó beneficio real que hayan recibido las fincas ú objetos y subsista al abrirse la sucesión, ó sea la verdadera diferencia de valor entre esta época y la de la donación.

En lo relativo á la pérdida, la ley sigue con todo rigor el principio jurídico de que la cosa perece para su dueño, que es el donatario. No obstante, cuando la pérdida procede de caso fortuito, el donatario ha de colacionar un valor ó capital, que ya no existe sin culpa alguna por su parte, lo cual parece algo injusto, pues en suma sólo percibió frutos ó intereses no colacionables.

La enajenación de los bienes por el donatario no es obstáculo para la colación del valor que tenían al tiempo de la donación.

Concordancias.—El Código de Bolivia (art. 642) dispone que las mejoras necesarias y útiles serán abonadas al donatario que trae en descuento ó colación la cosa donada.

El Código de Guatemala distinguía con anterioridad al Decreto de reformas si la pérdida ó deterioro provenían de culpa del heredero ó de caso fortuito; pero en virtud del art. 132 de aquel Decreto que modificó el art. 978 del Código civil, establece, en armonía con nuestro derecho, que la colación de los bienes se hará considerando el valor que tenían cuando los recibió el heredero y á éste corresponden exclusivamente los aumentos,

así como la pérdida ó deterioro que por cualquier motivo hayan sufrido, añadiendo el art. 979 del Código guatemalteco, nuevamente redactado según el art. 183 del referido decreto, que si no se justipreciaron los bienes al entregarlos al hijo ó descendiente, se traerá á colación todo el valor actual de ellos.

Perú, concordante con el de Guatemala antes de que el decreto de reformas introdujese en este último Código transcendentales modificaciones, establece en los arts. 941 á 948 las siguientes reglas: 1.ª, la colación de los bienes se hará, considerando el valor que tenían cuando los recibió el heredero, si entonces fueron justipreciados; 2.ª, si no se justipreciaron los bienes raíces al entregarlos al hijo ó descendiente, se traerá á colación todo el valor actual de ellos, siempre que las mejoras ó deterioros hubieren resultado sólo del tiempo ó de otras circunstancias y no fuesen obra del poseedor de los bienes; 3.ª, pertenece al heredero que trae los bienes á colación el valor de lo mejorado, si este aumento provino de su industria; 4.ª, el heredero es responsable del desmejoramiento que hayan sufrido, por su culpa ó negligencia, los bienes sujetos á colación; 5.ª, en la colación de los bienes muebles y semovientes se considerará el valor que tuvieron al tiempo que los recibió el heredero; 6.ª, no se exime el heredero de traer á colación el valor de los bienes por haber enajenado los que están sujetos á ella, así como también cuando los ha perdido por su culpa ó dolo; y 7.ª, no se traerán á colación los bienes raíces cuando se hubiesen perdido ó destruído por caso fortuito y sin culpa del heredero.

Uruguay, en el art. 1083, concuerda literalmente con el 1045 de nuestro Código.

El Código de los Estados Unidos de Venezuela enumera las condiciones con que se ha de verificar la colación, bien por presentación de la cosa ó por imputación de su valor, á elección del que hace la colación; al efecto dispone: 1.º, cuando el donatario de un inmueble lo ha enajenado ó hipotecado, la colación se hará sólo por imputación; 2.º, la colación por imputación se hará atendiendo al valor del inmueble en el momento de la apertura

de la sucesión; y 3.°, se abonarán al donatario las impensas y mejoras habidas en consideración á su aumento de valor, así como responsable de las desmejoras y deterioros provenientes de su culpa ó negligencia (arts. 1002 al 1008 del Código de Venezuela.

Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador no contienen, con respecto al art. 1045 del Código español, concordante directamente concreto.

ARTÍCULO 1046

La dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia.

Según el art. 1343, «cuando el marido solo, ó ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote á sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad ó en la proporción en que los padres se hubieran obligado, respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge».

En íntima relación con este precepto se halla el art. 1046, si bien éste se refiere no sólo á la dote, sino á toda donación hecha conjuntamente por el padre y la madre á sus hijos, y parte del supuesto de que, ó los padres donaron por mitad, ó no consta la proporción en que quedaron obligados. Si esta proporción constase con arreglo á ella, y no siempre por mitad, habría de efectuarse la colación.

El precepto es aplicable á los abuelos, no á los padres naturales, porque la base de la presunción es la sociedad conyugal, y ésta se crea por el matrimonio.

Creemos que no debe ocurrir dificultad en la aplicación de este artículo. Con ocasión de él examinaremos la materia de la colación en relación á la dote.

Desde luego exige su colación el art. 1035. Mas la dote es en

ciertos casos obligatoria, como puede verse en los arts. 1340 y 1341, y alguien podrá extrañar que se exija la colación de bienes que proceden no de una liberalidad, sino de una obligación en los padres. Obsérvese, sin embargo, que esa obligación no constituye un título oneroso, pues nada reciben los padres en equivalencia de lo que dan, y que precisamente la obligación consiste en anticipar la mitad de la legítima rigurosa presunta, de modo que en realidad existe donación, y donación imputable en circunstancias normales á la porción forzosa. Justamente ese carácter de necesidad que en ciertos casos reviste la dote, le impone con mayor razón la cualidad de colacionable, porque en una donación impulsada sólo por el cariño, podrá dudarse si la ley interpreta bien la voluntad del donante suponiéndola hecha como anticipo de legítima; mas en una donación forzada, debe necesariamente suponerse que esa fué la intención real del que donó. Como la legítima, la dote cuando es obligatoria constituye indiscutiblemente un título gratuíto.

Aun podrá alegarse que la dote se destina á sostener las cargas del matrimonio, pudiendo considerarse como una especie de gastos de alimentación de los padres hacia sus hijos; pero en la dote hay que separar el capital donado de sus frutos. Estos, que son los que se destinan á sobrellevar aquellas cargas, no son colacionables con arreglo al art. 1049; el capital siempre debe sujetarse á colación.

Otra dificultad puede presentarse. La dote se entrega al marido, quien á veces no sólo es su administrador, sino su propietario (dote estimada), y el marido responde de la restitución de las cosas ó de su valor. Si no restituye ni constituyó suficiente garantía para la devolución, ¿cómo exigir la colación á la mujer?

En esto no existe verdadera dificultad. La dote origina, según los casos, relaciones de índole muy diversa; pero entre ellas siempre serán independientes las que se establecen entre el dotante y la dotada, y las que nacen entre el marido y la mujer ó sus herederos. Giran esas relaciones en órbitas bien distintas, y no deben confundirse. El ser la dote estimada ó inestima-

da afecta á las relaciones entre un cónyuge y los herederos del otro, pudiendo pretenderse la devolución del valor ó precio dado á la dote, ó las mismas cosas en que ésta consistió; mas la donación en beneficio de la mujer existe siempre y es procedente la colación. La hipoteca en garantía de la dote afecta á su restitución, relación también entre los cónyuges; y si no se exigió por los padres siendo menor de edad la mujer pudiendo exigirla, y si por tal causa la dote ó su valor no se restituye ni puede conseguirse el cobro, los padres, en primer término, y después sus herederos, responderán del daño causado por su omisión. En todo caso, el deber de colacionar es independiente, y se realiza aun con la reducción que pueda ser procedente, por exceder la dote al importe de la cuota hereditaria de la dotada, porque habiendo herederos forzosos, la dote, como toda donación, cualquiera que sea su objeto, ha de estimarse un anticipo sólo de la herencia ó de la legítima, cuya cuantía eficaz no puede fijarse hasta el día del fallecimiento del donante, ó hasta la apertura de la sucesión.

La dote, pues, es de ordinario una donación colacionable. No lo será como las demás donaciones, aparte las excepciones de dispensa de la colación, y de renuncia de la herencia, en los dos casos siguientes:

1.° Cuando consista en una renta ánua, como frutos ó intereses de un capital; según permite el art. 1342, porque los frutos son siempre del donatario, y no se colacionan sino desde la fecha del fallecimiento del causante.

2.° Cuando la dote no haya sido entregada y sólo se halle prometida. En este caso la dote forma aún parte del caudal hereditario, y con éste se divide entre los herederos. La mujer, renunciando la herencia, puede, no obstante, reclamar la dote. En cuanto al marido, á quien se prometió, puede pedirla á los herederos; mas si estaba ya hecha la división del caudal, la mujer debe responder á los mismos de los efectos de la reclamación ó demanda, pues como coheredera, una vez entregada la dote, estaría obligada á su colación.

Volviendo ahora al precepto del art. 1046, puede ocurrir, á pesar de lo dispuesto en el 1343, que aunque la dote se constituya por ambos cónyuges por mitad, el metálico ó los bienes en que consista se faciliten sólo por uno de ellos. En este caso también tiene lugar la colación por mitad en ambas herencias. Si muere primero el cónyuge que nada dió, sus herederos deberán al otro cónyuge la cantidad colacionada. Y si muere antes el que entregó todo de lo suyo, aunque sólo se colacione la mitad, sus herederos tendrán derecho á cobrar del otro cónyuge la mitad restante. La deuda ó el crédito son independientes de la colación.

Concordancias.—Salvo el art. 2108 del Código de Portugal que establece análoga disposición que la de nuestro art. 1046, en ninguno de los demás Códigos europeos, ni hispano americanos existe concordancia directa ni aun remotamente parecida á la colación por mitad en la herencia de cada uno de los cónyuges que establece el derecho patrio.

ARTÍCULO 1047

El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

ARTÍCULO 1048

No pudiendo verificarse lo prescrito en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho á ser igualados en metálico ó valores mobiliarios al tipo de cotización; y, no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria.

Cuando los bienes donados fueren muebles, los coherederos sólo tendrán derecho á ser igualados en otros muebles de la herencia por el justo precio, á su libre elección.

ARTÍCULO 1049

Los frutos é intereses de los bienes sujetos á colación no se deben á la masa hereditaria sino desde el día en que se abra la sucesión.

Para regularlos, se atenderá á las rentas é intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados.

Nos encontramos en un terreno puramente práctico. La colación es procedente. Estos artículos, combinados con el 1045, determinan la manera de llevarse á efecto ó realizarse.

El Código se preocupa tanto de la idea de igualdad, que quiere conseguirla, no sólo en cuanto al valor ó cantidad que haya de percibir cada coheredero, sino también en cuanto á la naturaleza, especie ó calidad de los objetos que se adjudiquen.

Esto es consecuencia de los preceptos de los arts. 1061 y 1062, relativos en general á toda partición.

Pero como el donatario ha de conservar ó retener para sí, mientras sea posible, por caber en su cuota hereditaria, las cosas que se le donaron, por las razones expresadas al comentar el artículo 1045, esa igualdad en la naturaleza, especie ó calidad de los objetos no siempre será posible, y de aquí el precepto del artículo 1048, que distinguiendo entre los bienes muebles y los inmuebles, exige en éstos la equivalencia en dinero ó valores cotizables, aunque haya necesidad de vender, y faculta en aquéllos á los coherederos para elegir entre los bienes muebles que queden en la herencia.

A su vez el art. 1049 establece la doctrina referente á frutos de los bienes colacionables, que exige alguna más explicación.

Las donaciones hechas á los herederos forzosos sin dispensa de imputación ni de colación, han de considerarse sólo como un anticipo de legítima ó de herencia, como algo que se entrega á cuenta y antes de la época en que debió ser entregado, y cuya

absoluta eficacia depende de que, en efecto, al llegar la época del vencimiento del plazo, sea debido al donatario aquello que se le entregó.

La propiedad de los objetos donados se confiere por la ley á ese donatario, principalmente con el fin de dar estabilidad á las relaciones jurídicas; y precisamente por ello son válidos los actos de enajenación o gravamen que el propietario realiza, y son suyos los frutos de los objetos donados, y á él le pertenece el aumento ó la mejora que puedan experimentar, y él sufre el perjuicio consiguiente á su pérdida ó menoscabo. Pero no por ello es menos cierto que los bienes quedan sujetos á colación.

Al llegar el día de la muerte del donante es cuando ha de determinarse si el importe total de la donación puede sostenerse, si pertenece ó no íntegra al donatario, y en el caso de que hubiera habido exceso, ese exceso ha de reintegrarse ó devolverse á la herencia, mas no en las mismas cosas donadas, sino en su valor ó equivalencia.

Parecía lo lógico que, no habiendo exceso alguno, el donatario no estuviese obligado á nada, y como sigue siendo propietario, continuase siendo también usufructuario, esto es, que los frutos de las cosas que se le donaron siguiesen siendo para él. La ley, sin embargo, se aparta en este lugar del rigorismo de los principios, y teniendo en cuenta que por la colación los bienes se devuelven ó agregan, aunque sea ficticiamente, á la masa hereditaria, estima que sus frutos corresponden á la misma masa y entran en la cuenta de partición.

Para ello se funda también en otra consideración de carácter práctico: el donatario es uno de los herederos; durante el período de indivisión, ó hasta que la partición se realice, los frutos de todos los bienes que entran en la comunidad pertenecen á todos los coherederos ó condueños en proporción á su participación respectiva; si el donatario ha de tener ese derecho respecto á los frutos de los bienes que no entraron en la donación, justo es que los otros interesados tengan también derecho á los frutos de los bienes que se donaron. Se sigue la regla general del ar-

tículo 1063, según el cual los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia ó negligencia.

Bien mirado, no hay verdadera inconsecuencia jurídica. El capital donado es colacionable; los frutos de ese capital lo son también. El donatario es propietario, mas tiene la obligación de colacionar. Si no es incompatible la propiedad de las cosas donadas con el deber de llevarlas á colación, no es incompatible tampoco la propiedad de sus frutos con el deber de aportarlos á la masa, puesto que tampoco han de ser materialmente aportados, sino agregados ficticiamente, como el capital, para ser tenidos en cuenta, como es justo.

Bajo este aspecto es más bien excepcional el derecho concedido al donatario, no sólo de hacer suyos los frutos desde el momento de la donación hasta el de la muerte del causante, sino de no sujetarse en absoluto tales frutos á la colación. Y, sin embargo, el fundamento del art. 1049 en esta parte es evidente, y la más justa su solución. El donatario, en ese tiempo, viene á ser un verdadero propietario, y puesto que de buena fe guarda y conserva la cosa y gasta en ella, justo es que obtenga sus frutos, lo cual, además, evita multitud de dudas y dificultades. Aparte de esto, y en cuanto á la colación se refiere, el importe de los frutos, rentas ó intereses puede decirse que ni enriquece al donatario ni empobrece al donante. Esos frutos se compensan con los gastos para su producción, y se destinan á las atenciones diarias. ¿Qué ventaja obtendría el donatario si se le obligase á devolver los frutos percibidos ó su equivalente desde la donación?

Los arts. 1047 al 1049 se relacionan íntimamente con los 1061 al 1063, y al ocuparnos de éstos desenvolveremos las ideas que dominan en aquellos preceptos.

Los frutos pendientes al donar pertenecen al donatario; los pendientes al abrirse la sucesión pertenecen á ésta, pero con obligación en los herederos de abonar los gastos ordinarios de

cultivo, simientes y otros semejantes. Es la aplicación del artículo 472, que creemos pertinente.

No es obstáculo á la aplicación de estas reglas el que hayan sido enajenados los bienes, pues con arreglo al segundo párrafo del art. 1049, la regulación de frutos se hará atendiendo á las rentas é intereses de los bienes hereditarios de la misma especie que los colacionados. Esta regla debe referirse precisamente al caso en que la regulación de los frutos no pueda hacerse de un modo directo con relación á la misma cosa donada, y no á otra distinta, más ó menos análoga.

Ha de suponerse la cosa en el estado en que se donó, y como si formase parte del caudal hereditario. Por esto, si se trata de una cosa infructífera, no puede pretenderse que se imputen frutos algunos por razón de ella. Si la cosa fué mejorada considerablemente, no se deberán los frutos ó rentas debidos á esa mejora. Y si la cosa no produce por culpa del donatario, ó produce menos por su deterioro, se deberán á la masa hereditaria los frutos que debió producir, regulándolos del modo que marca el segundo párrafo del art. 1049.

Cuando la cosa se perdió por caso fortuíto, como la ley no distingue é impone el perjuicio de esa pérdida al donatario, parece que éste habrá de aportar á la masa común los frutos posibles ó que hubiera podido producir aquella cosa. Sin embargo, la equidad aconseja otra solución: perdido el valor del objeto sin culpa alguna por parte del donatario, reconózcase al menos la imposibilidad de tener en cuenta unos frutos que en modo alguno pueden existir.

Al comentar el art. 1041 hemos aplicado el principio del 1049 al caso en que las pensiones, rentas, productos ó intereses forman el objeto principal de la donación. Con ello hemos seguido la opinión de casi todos los autores jurídicos extranjeros sobre esta materia, y es que, en efecto, no se trata de establecer una excepción nueva no contenida en la ley, sino de aplicar el principio mismo en que se inspira el art. 1049. Dado su fundamento, hay que admitir la expresada consecuencia.

Al abrirse la sucesión, así como los frutos de la cosa que fué objeto de la donación pertenecen á la herencia, con mayor razón han de pertenecer aquéllos otros frutos ó intereses que constituyeron el objeto principal de la donación ó lo único donado. La renta vitalicia ó la pensión que ha de seguir perteneciendo al donatario, así como el derecho de usufructo y otros análogos, han de representar un valor que ha de tenerse en cuenta en la partición.

Advertiremos, por último, que la ley, como es natural, al exigir la igualdad entre las cosas que han de adjudicarse á cada coheredero, al prefijar que ha de llevarse á efecto la equivalencia de los inmuebles en metálico ó valores cotizables, y ha de procederse, caso necesario, á la venta en subasta pública; al conceder la elección de bienes muebles á los coherederos, y al hablar de la regulación de los frutos, determina lo que debe hacerse en el caso de que los herederos de común acuerdo no resuelvan otra cosa distinta, siendo capaces y mayores de edad (art. 1058), pues si ellos se conforman con partir lo que haya, prescindiendo de las donaciones, formando lotes á su arbitrio, ni es preciso vender, ni pagar en dinero, ni elegir, ni usar, en fin, los derechos que sólo para el caso de disconformidad ú otro excepcional establecen los arts. 1047 y 1048. Un solo coheredero puede, no obstante, alterar la armonía exigiendo que se le abone su parte en la forma que marca la ley, y que se venda, caso necesario.

Concordancias.—Los arts. 1047 al 1049 de nuestro Código concuerdan con los 2109, 2110 y 2106 del Código de Portugal. Pueden verse también los art. 1015, 1024, 1025 y 1013 del Código de Italia.

El Código del Perú (arts. 952 al 954) y el de Venezuela (artículos 1010 al 1014), establecen diversas reglas que concuerdan ligeramente con los arts. 1046 al 1049 de nuestro Código.

En los demás Códigos que venimos examinando no existe concordancia ninguna con las materias expuestas en el comentario, puesto que, si bien los de Guatemala y Méjico hubieron

de consignar algunos preceptos en armonía con nuestro derecho, el Decreto de reformas derogó los arts. 1010 al 1012 del de Guatemala, sin que otros artículos los sustituyeran, y en el nuevo Código civil de Méjico, promulgado el 31 de Marzo de 1884, se suprime toda la materia de colaciones.

ARTÍCULO 1050

Si entre los coherederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza.

La comunión de bienes, dice Goyena, es odiosa. Lo cierto y líquido no debe suspenderse por lo incierto é ilíquido.

Ningún heredero puede ser obligado á permanecer en la indivisión, dice el art. 1051.

No es raro que se susciten cuestiones relativas á la colación, ya en absoluto, sobre si hay ó no obligación de colacionar, ya con relación á determinados objetos. Si el padre malversó los bienes donados á un hijo incapaz ó menor de edad; si se trata de donación de frutos ó rentas, ó de donación de capital; si los gastos de equipo eran ó no ordinarios; si los regalos fueron ó no los de costumbre; si en la renuncia de una herencia ó en el hecho de no percibirse un crédito contra el heredero forzoso, hubo ó no intención de donar; si un acto aparentemente oneroso contenía ó no una donación simulada, ó una donación parcial; si en las mejoras hechas por el causante en fincas del heredero debe colacionarse el valor del beneficio ó el importe de los gastos hechos; si una declaración de deuda ó de pertenencia significaba un error ó una liberalidad; si el bisnieto debe llevar á colación lo donado á su padre y á su abuelo; si la finca valía más ó menos al tiempo de donar, etc., son sólo una muestra de las múltiples cuestiones que pueden suscitarse con más ó menos fundamento.

No ha querido el legislador que estas cuestiones impidan la

partición de la herencia ni la suspendan, pues en verdad puede verificarse prescindiendo por el momento de la colación dudosa, ó de los objetos que hay que resolver si deben ó no colacionarse. Respecto á estos objetos ó á la colación litigiosa, se suspende la división hasta que la cuestión se resuelva, como se suspende la adjudicación de los créditos considerados como incobrables, y si después se cobran, se distribuye proporcionalmente su importe entre los herederos.

Pero hasta tanto que se resuelva la cuestión, justo es que á los coherederos se les garantice la obligación de colacionar para el caso en que se declare procedente, porque hecha la división, el donatario tendrá que entregar en su día á esos coherederos la parte proporcional ó equivalente que les corresponda. Al efecto determina el art. 1050 que se preste fianza, y el proyecto de Código de 1851 añadía á este medio el de depositarse los bienes ú otro equivalente.

La fianza se presta desde luego por el donatario, siendo necesaria, ya pretenda él mismo la partición, ó la pida otro cualquier interesado.

Los herederos todos convendrán lo que se debe hacer, pudiendo conformarse con una simple promesa. Pero si no se conformasen, tienen derecho á exigir fianza, y como la ley no habla de hipoteca, prenda ni garantía alguna real, sino de fianza en general, habrán de satisfacerse con la fianza personal definida en el art. 1822. Como más eficaz aun, el depósito y administración en su caso, y la hipoteca ó prenda, deberán aceptarse cuando se ofrezcan. La fianza asegura, no sólo la obligación de restituir la porción de bienes que corresponda, caso de proceder la colación, sino el importe de los frutos ó rentas que desde el momento de la muerte del causante pertenecen, según el art. 1049, á la sucesión.

La declaración de suficiencia de la garantía y su aceptación corresponde á los coherederos, y todo debe hacerse constar en la partición. A falta de avenencia, decidirá el juez.

Si la colación se declara no procedente, el donatario exigirá

y deberá obtener la cancelación de la fianza. Si, por el contrario, se resuelve su procedencia, los bienes ú objetos de que se trate, ú otros equivalentes de los que al donatario se adjudicaron, se dividen entre todos los herederos con igualdad ó en la proporción que les corresponda, realizándose una partición adicional, y acudiendo, caso necesario, al fiador ó á la garantía para hacer efectiva la obligación.

Concordancias.— El art. 1050 concuerda con el 2110 del Código de Portugal, única disposición, tanto en los Códigos civiles europeos, como en los hispano-americanos, que guarda íntima conexión con nuestro derecho patrio.

SECCION SEGUNDA

DE LA PARTICIÓN

I.— *Ventajas é inconvenientes de la indivisión de la herencia.*

La herencia, como cosa universal, comprende una colección de cosas ó derechos particulares.

Cuando el heredero es único, al adquirir la universalidad adquiere por entero cada una de las cosas ó derechos que la constituyen, y no hay que proceder á la división, puesto que con nadie comparte su derecho.

Cuando los herederos son varios, á todos se transmite la universalidad, y por tanto, cuantos derechos ó cosas comprende; y como es natural, por el sólo hecho de la transmisión no se determina qué cosa ó derechos particulares corresponden á cada heredero con separación, sino que, antes al contrario, el derecho de éstos recae sobre todas y cada una de aquellas cosas. Nace, pues, por la misma naturaleza del título adquisitivo una verdadera comunidad de bienes, un estado de indivisión, cuyo sujeto son los varios herederos, y cuyo objeto es la herencia, el conjunto de bienes ó derechos dejados á título universal por el causante.

Este estado de comunidad tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Como ocurre con frecuencia en la vida, la práctica con-

tradice la teoría: lo que en la región de las ideas aparece como más perfecto, en el terreno de los hechos resulta un mal grave ó un estado perjudicial. Precisamente las ventajas que pinta la razón, ó la imaginación tal vez, al examinar la cuestión en la esfera de los principios, se convierten en inconvenientes al descender á las realidades y miserias de la vida.

Desde luego, un capital reunido permite una explotación en mayor escala y proporciona ó debe proporcionar mayor utilidad. Al pertenecer ese capital á varios, se dificulta su enajenación, con lo cual se evita, como dice Losana, ó parece que debe evitarse, que ya no es lo mismo, la disipación del patrimonio. «Por otra parte, si los coherederos son hermanos, el caudal paterno, continuando unido, mantiene en cierto modo (parece que debiera mantener) la unidad moral de la familia, tendiendo á conservar su espíritu la costumbre y la tradición» (Losana).

«Mas para que del estado de indivisión, añade el mismo escrito, puedan sacarse tales ventajas, es condición esencialísima que todos los coherederos estén conformes en el hecho de mantener la comunidad y en el modo de administrarla, porque sin tal unanimidad de voluntad, sin una identidad de miras demasiado rara, y sin un espíritu de conciliación y de mutua deferencia, más difícil aún, la comunidad de bienes, lejos de ser beneficiosa, es fuente de dificultades y de discordias, tanto más deplorables cuanto que de ordinario se producen entre parientes y destruyen las afecciones y los vínculos de la familia.»

El disfrute en común impone á todos los partícipes ciertas necesarias limitaciones, que no pueden menos de producir conflictos, y si por huir de este inconveniente se confiere á un solo heredero la administración, éste, como es natural, ha de desplegar escaso celo é interés en trabajar en una cosa que no le pertenece exclusivamente, y cuyas utilidades ha de repartir con los demás partícipes, que al no intervenir directamente en el cuidado y conservación de los bienes comunes, acaban por perder todo cariño á los mismos.

La dificultad para enajenar cada heredero su porción, dismi-

nuye el valor de ésta y entorpece la circulación de la riqueza, convirtiéndose en un inconveniente gravísimo, y apenas cabe soñar en actos de disposición realizados por todos, por la dificultad en ponerse de acuerdo sobre el hecho en sí mismo, y sobre el modo y las condiciones con que debe efectuarse.

Por último, cuanto más tiempo se sostenga el estado de indivisión, y con mayor motivo cuando un solo heredero administra, y como es frecuente, por apatía propia ó de los demás, se descuida la rendición regular de cuentas, tanto mayores serán las dificultades y cuestiones que habrán de resolverse después al pretenderse la partición, originándose pleitos intrincados, y por lo mismo, largos y costosísimos, que acaban por arruinar á las familias.

Tales son, según Losana, con el cual estamos conformes, las principales ventajas é inconvenientes de la comunidad ó indivisión de la herencia. Sin duda será éste en teoría el estado más perfecto y el más á propósito para mantener una hermosa igualdad entre los partícipes, y sacar á los bienes, con menos gasto, mayor utilidad. Pero en la práctica tales ventajas tienen el carácter de un sueño: los hombres no son ángeles, y trabajando cada cual por su sólo interés, se impone la separación de bienes, la independencia de acción, el predominio de la propiedad del individuo sobre la de la comunidad. Por esto, lo mismo en sentido económico que en sentido jurídico, la división resulta de hecho más ventajosa que la comunidad, y la ley procura desterrar ó limitar este estado, propio de una época antigua en la historia de la humanidad, casi incompatible con el egoísmo y las múltiples relaciones y encontrados intereses de la sociedad presente.

II. — *Concepto, clases y naturaleza de la partición.*

La ley 1.ª, tít. 15, Partida 6.ª, define la partición: «Departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia ó por otra razon».

Según Escriche, *partición*, en general, es la separación, división y repartimiento que se hace de una cosa común entre las personas á quienes pertenece.

La partición puede ser total ó parcial, provisional ó definitiva, judicial ó extrajudicial.

La partición es *total*, cuando se dividen todos los bienes entre todos los partícipes.

Es *parcial*, cuando se dividen algunos bienes, quedando los demás en comunidad, ó cuando se adjudica sólo á alguno ó algunos de los herederos su parte determinada y concreta, siguiendo entre los demás la indivisión.

Es *provisional* la partición, cuando se lleva á efecto por los herederos para que subsista sólo temporal ó transitoriamente, hasta que pueda realizarse de un modo estable y definitivo.

Es *definitiva*, cuando se hace para que subsista siempre ó de un modo estable y absoluto.

Es *extrajudicial*, si se realiza por el testador, ó por contadores nombrados por el causante ó por los interesados, ó cuando se lleva á efecto por los herederos amigablemente ó de común acuerdo.

Es *judicial*, cuando interviene el Juzgado en las operaciones divisorias.

La división ó partición de la herencia, ¿es un acto *traslativo* de propiedad ó simplemente *declarativo*?

En derecho romano, la partición era un acto de traslación de propiedad, una verdadera enajenación, y así se sostiene también por la mayoría de los tratadistas.

La división, dice Losana, por su propia esencia y naturaleza, es un acto de traslación ó conmutación de dominio. La comunidad representa sólo un derecho de propiedad meramente abstracto, que se exterioriza en la facultad que indeterminadamente corresponde á todos los partícipes sobre cada una de las cosas comunes. Si se enajena una fracción cualquiera, el adquirente tiene en realidad por causantes inmediatos á todos los coherederos. Al procederse á la división, y por virtud de la mis-

ma, cada heredero cede, en realidad, á sus copartícipes el derecho de condominio que le correspondía en los bienes que á éstos se adjudican en el reparto, y obtiene á su vez de los demás el derecho que á éstos pertenecía sobre las cosas que á él se le asignan.

Si á una sucesión son llamados dos herederos, A. y B., y quedan dos fincas, una huerta y un olivar, cada una de estas fincas pertenecen en su totalidad á ambos herederos. La entidad propietaria está representada por A. y por B. Al practicarse la partición y adjudicarse á A. el olivar, y á B. la huerta, B. cede á A. sus derechos sobre el olivar, y A. cede á B. sus derechos sobre la huerta, con lo que se evidencia que existe una nueva transmisión y adquisición distinta y separada de la primera, que por causa de muerte tuvo lugar del causante á sus herederos, y así A. tiene en la división por transmitente inmediato á B., y B. á A. Simula el acto una verdadera permuta.

Al tratarse de una cosa particular común, por ejemplo, sólo el olivar, exteriorizado el derecho igual de A. y el de B. en una mitad indivisa ó indeterminada, la división de la finca concreta, individualiza ó determina la parte separada é independiente de cada partícipe, y se explica el precepto del art. 450 del Código, porque á la fracción indivisa ó porción abstracta del objeto sustituye una parte igual, aunque determinada, del mismo, y sólo parece existir un acto declarativo, una determinación cierta de lo que antes aparecía confundido ó indeterminado. Ni el título ha variado, ni el efecto de la división altera el sujeto del derecho ni el objeto del mismo. En realidad, este caso es igual al anterior, pero parece que la identidad de la cosa da al acto distinto carácter. En efecto, si A. ó B. venden ó hipotecan su derecho, su indivisa participación, la división no ofende el derecho de los terceros adquirentes, porque el objeto sobre que recae continúa siendo el mismo, aunque ya concreto y determinado.

Lo mismo ocurre si se atiende á la cosa universal, considerándola como una sola y prescindiendo de las cosas particulares que comprenda.

Pero como la herencia abarca en realidad esas varias cosas particulares, por ejemplo, el olivar y la huerta, la contraposición de cosa universal en la que existe la comunidad, y cosas particulares distintas en realidad, aunque pertenezcan á una misma herencia, hace que la división presente de un modo más ostensible su carácter de acto traslativo. Si A. vende ó hipoteca á un tercero C. su indivisa partición sobre la huerta, y, hecha la partición, se le adjudica el olivar, resulta que varía el objeto particular del derecho de A., y si hubiera de aplicarse el art. 450, se entendería que dicho A. nunca tuvo derecho sobre la huerta, ni, por tanto, pudo válidamente venderla ni hipotecarla. O se anula el derecho de C., ó se hace responsable á B., sin razón alguna que justifique una ni otra solución, porque A. dispuso de lo que le pertenecía; el derecho de C. debe respetarse de algún modo, y B. no debe sufrir el gravamen.

Insensiblemente hemos invadido otro terreno, ó entrado en otra cuestión. Al comentar el art. 1068 trataremos de averiguar la solución legal. Basta por ahora hacer constar que en realidad la partición de la herencia envuelve un acto de traslación de propiedad.

III.—*Precedentes históricos.*

No creemos necesario repetir la doctrina que con la amplitud conveniente quedó expuesta en el tomo 5.° de esta obra, páginas 254 á 261, por lo que nos referimos á dicho lugar.

ARTÍCULO 1051

Ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohiba expresamente la división.

Pero, aun cuando la prohiba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad.

ARTÍCULO 1052

Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia.

Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

ARTÍCULO 1053

La mujer no podrá pedir la partición de bienes sin la autorización de su marido ó, en su caso, del Juez. El marido, si la pidiere á nombre de su mujer, lo hará con consentimiento de ésta.

Los coherederos de la mujer no podrán pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra aquélla y su marido.

ARTÍCULO 1054

Los herederos bajo condición no podrán pedir la partición hasta que aquélla se cumpla. Pero podrán pedirla los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y, hasta saberse que ésta ha faltado ó no puede ya verificarse, se entenderá provisional la partición.

ARTÍCULO 1055

Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos lo que intervengan en este último concepto deberán comparecer bajo una sola representación.

I.—*Facultad de pedir en cualquier tiempo la partición.—Excepciones.*

Los arts. 1051 y 1052 no imponen la división, pero muestran su preferencia por ella, y el poco favor que les merece el estado de comunidad.

Libres son los diversos partícipes de la herencia para permanecer en la indivisión todo el tiempo que quieran, mientras haya absoluta conformidad entre ellos; mas desde el momento en que uno cualquiera de los coherederos pretende la división ó partición del caudal hereditario, tiene derecho á que, por lo menos, su parte se determine separadamente de las demás y le sea entregada: los otros partícipes pueden, si quieren y mientras quieran, continuar entre ellos la comunidad.

Tal es el alcance del art. 1051 en su regla general, que viene á repetir el precepto del art. 400. El 1052 confirma la regla con las palabras: «Todo coheredero podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia».

Claro es que cuando existe sólo un heredero, no procede partición alguna, no hay comunidad á la que haya de poner término. Así ha tenido que declararlo, á pesar de ser el hecho indudable, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1903.

A) Pero el art. 400 considera válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años, cuyo plazo puede prorrogarse por una nueva convención. ¿Será este precepto aplicable á los coherederos?

El art. 893 del proyecto de Código de 1851 se dictó en la forma siguiente: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia». Las palabras *en cualquier tiempo*, decía Goyena, rechazan todo pacto, aunque sea por tiempo limitado, separándose en esto de lo dispuesto en el Código francés, y más tarde en el italiano.

Media además la circunstancia de que los arts. 1051 y 1052 no repiten la excepción consignada en el 400, y la de que, así como el art. 406 declara aplicable á la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes á la división de la herencia, no existe en la sección que empezamos á examinar artículo alguno que declare á su vez aplicables á la división de la herencia las reglas relativas á la división entre los partícipes en la comunidad.

Pudiera creerse que, puesto que los coherederos pueden voluntariamente continuar en el estado de indivisión el tiempo que quieran, es claro que pueden pactar válidamente que la herencia permanezca proindivisa diez años, veinte años ó más. Pero no es lo mismo este pacto que aquella tácita voluntad, porque ésta no impide que cualquier coheredero reclame la partición cuando mejor le parezca, mientras el pacto obliga á los que lo celebran; de modo que, una vez pactada la indivisión por diez años, los coherederos están *obligados* á permanecer en ella hasta que ese plazo expire, lo cual, aparentemente al menos, contradice el texto de los arts. 1051 y 1052, según los cuales ningún coheredero puede ser obligado á permanecer en la indivisión, teniendo derecho á reclamar la partición en cualquier tiempo.

A pesar de esto, nosotros opinamos que la excepción consignada en el art. 400 es aplicable también á los coherederos.

Las palabras «en cualquier tiempo» no tienen la fuerza ni el alcance que Goyena les atribuía; se leen también en el art. 400, y sin embargo, en éste se admite el pacto; más terminante es la prohibición del art. 815 del Código francés, que excluye expresamente toda disposición ó convención en contrario, y, no obstante, se admite en el mismo artículo la validez del pacto de suspender por tiempo limitado la partición.

El art. 1051 se halla inspirado en un criterio de libertad; ningún coheredero puede ser obligado, se entiende por los demás, á permanecer en la indivisión de la herencia; pero esto no impide que cada coheredero se obligue, si quiere, voluntariamente.

A su vez el art. 1052 concede un derecho que puede renunciarse: la renuncia debe estimarse válida á no hacerse contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero. No debe ser tal renuncia contraria al interés ó al orden público cuando expresamente la autoriza el art. 400 con relación á la comunidad de bienes.

Además, la herencia es una cosa, aunque universal. Cuando se posee por varios partícipes, existe desde luego una verdadera comunidad de bienes, á la que son aplicables los arts. 392 al 405. No es preciso que ningún artículo lo declare de un modo expreso, porque es un hecho evidentísimo.

Si atendemos, no á la cosa universal, sino á las cosas particulares que integran una herencia, resulta que cada uno de los coherederos es comunero, copropietario ó coposeedor de cada una de esas cosas particulares. ¿Quién les impide realizar el pacto de mantener la indivisión por diez años respecto á cada caso particular? Y si puede realizarse individualmente, ¿no resultará de hecho válido y eficaz el pacto respecto á la universalidad que constituye la herencia?

Por último, en muchas ocasiones es conveniente á todos prolongar algún tiempo el estado de indivisión.

El art. 400 es, por tanto, aplicable á la comunidad hereditaria.

El pacto por diez años, prorrogables con arreglo á ese artículo, no constituye una verdadera excepción del art. 1051, porque la aceptación voluntaria de una situación especial para nadie constituye una obligación, pero sí es una excepción á lo dispuesto en el art. 1052. Ese pacto no obliga, sin embargo, á los acreedores particulares de los herederos.

B) Otra excepción importante es la que el art. 1051 establece al facultar al testador para prohibir la partición de sus bienes por el tiempo que estime conveniente, porque de hecho quedan obligados los coherederos, aun contra su voluntad, á permanecer en la indivisión, ó á dejar de ser herederos.

El Código de Italia, art. 984, sólo consiente al testador pro-

hibir la división cuando es menor alguno de los herederos hasta expirar el año siguiente á la mayor edad del más joven, y aun en tal caso pueden los tribunales, teniendo en cuenta la urgencia y gravedad de las circunstancias, permitir que antes de ese término se realice la partición.

Nuestro Código da al precepto toda la amplitud posible. La voluntad *expresa* del testador le merece tal respeto, que es acatada, aun cuando establezca por largo tiempo un estado de comunidad que á la ley repugna, por estimarlo contrario á la circulación de la riqueza, al desarrollo y producción de la propiedad, á los intereses de los partícipes y á la armonía de las familias. Nadie puede, en efecto, mejor que el testador, dueño de los bienes, apreciar exactamente la conveniencia de continuar durante algún tiempo unido su patrimonio, para obtener determinadas ventajas ó utilidades incompatibles con la división.

No obstante, esa especial situación forzosa no puede sostenerse firme, sean cuales fueren las circunstancias, más ó menos imprevistas, que sobrevengan después. El testador establece una verdadera sociedad entre sus herederos, y esta sociedad impuesta ha de terminar del mismo modo que terminaría la que voluntariamente hubieran podido crear los copartícipes. De aqui el precepto del párrafo segundo del art. 1051, que exige un breve recuerdo de lo dispuesto en los 1700 al 1708 del mismo Código, y especialmente en los 1700, 1705 y 1707.

Termina la sociedad, por expirar el término porque fué constituída, por extinguirse su objeto ó sus medios de acción, ó por faltar alguno de los socios.

Nada más natural que la terminación del estado de comunidad impuesto á sus herederos por el testador, cuando desaparece la cosa común, cuando no existe el fin que se perseguía psr ultimarse el negocio á que obedeció la voluntad del causante, ó cuando transcurre el término que éste prefijó.

Pero, además, el art. 1051, en relación con el 1700, quiere también que la indivisión termine cuando la personalidad de alguno de los herederos desaparezca por muerte, interdicóión, in-

solvencia, embargo y remate de su participación á instancia de sus acreedores particulares, ó renuncia con determinadas limitaciones.

Respecto á la renuncia ó voluntad de uno de los coherederos, nos referimos al comentario de los arts. 1705 al 1707, los cuales prueban que tal voluntad ha de hallarse inspirada siempre en la buena fe, no siendo además eficaz á no fundarse en motivos racionales y justos, cuando, ya por disposición del testador, ya por la naturaleza del negocio, deba durar la indivisión determinado tiempo.

El derecho concedido á los socios en el art. 1704 para que, á pesar de la muerte de uno de ellos, continúe la sociedad entre los que sobrevivan, creemos que también debe corresponder al testador á los efectos del art. 1051, y no sólo para el caso de muerte, sino también para los casos de interdicción, insolvencia, embargo y renuncia. Aparte de la voluntad del testador, es indudable que los herederos, de común acuerdo, pueden constituir una sociedad con los bienes de la herencia, en cuyo caso la indivisión subsistirá mientras la sociedad deba subsistir.

C) El precepto del art. 1051 es aplicable, sean los que fueren los bienes ó derechos comprendidos en la herencia.

Los herederos á quienes sólo se transmite la nuda propiedad, tienen desde luego facultad de exigir la división, porque aun cuando su derecho no lleve consigo disfrute alguno durante cierto tiempo, es evidente, por una parte, que dicho artículo no distingue, y á todo coheredero otorga el derecho de pedir, cuando quiera, la partición, y por otra, que ésta es, aun para ellos, conveniente, porque determinando los bienes sobre que recae su derecho, les permite conocerlos con exactitud y transmitirlos más fácilmente. Lo mismo, y aun con mayor razón, cabe afirmar con relación á los herederos cousufructuarios. Si el usufructo es universal y recae en una sola persona, ni es necesario el consentimiento del mismo para la división de la nuda propiedad, ni le afecta, pues seguirá disfrutando el total de la herencia, sin tener en cuenta la partición.

Cuando se trata de objetos indivisibles ó que desmerezcan mucho por su división, aun es aplicable el art. 1051 en el único sentido posible, ó sea el de hacer cesar la proindivisión, aun cuando á esos objetos sustituya su precio ó un equivalente, como veremos al comentar el art. 1062.

Pero el art. 1051 alude desde luego á un estado de indivisión ó comunidad, que resulta de hecho por la propia virtud del título de adquisición, no á esa misma comunidad ó indivisión cuando se establece por la voluntad expresa de los herederos, ó resulta impuesta por el testador: excepciones en que nos hemos ocupado anteriormente y que no impiden en absoluto la división, sino que temporalmente la suspenden.

Ni son estos los únicos casos excluídos. Siempre que resulte que los coherederos quedaron obligados á respetar la comunidad, por contrariar de otro modo la voluntad del causante, no pueden pedir la división. Así el testador, por ejemplo, instituyó á sus hermanos herederos, pero con la condición de pasar después los bienes á un tercero, si aquéllos morían sin descendencia. Los hermanos pueden pedir en este caso la partición, siempre que mediante ella queden en su poder los mismos bienes transmitidos; mas si para dividir fuese precisa su enajenación, no podrán reclamar esa división ó no podrá efectuarse, porque al aceptar quedaron obligados á cumplir la condición impuesta por el causante, según la cual, sus bienes, caso de no tener los hermanos descendencia, habían de pasar á aquel tercero. Lo mismo ocurre en caso de donación á varios con cláusula de reversión.

D) Tampoco puede reclamarse la partición cuando ya fué hecha de un modo definitivo. Por eso declara la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1898, que después de practicada entre los herederos la partición, es improcedente el juicio de testamentaría.

E) Aun sin mediar pacto, ni sociedad, ni disposición contraria del testador, y aunque la partición no se haya practicado, no por ello puede afirmarse tampoco en absoluto que los coherederos pueden reclamar *en cualquier tiempo* la partición.

La acción procedente es la llamada *familiae erciscundae*, en su esencia idéntica á la acción *communi dividundo*, la cual es imprescriptible con arreglo al art. 1965.

Sin embargo, esta acción no puede ejercitarse cuando un tercero posee los bienes de la herencia. En tal caso, la acción procedente en primer término será la de petición de herencia, cuya duración es de treinta años, pero que habrá de ejercitarse antes de que el tercero adquiera los bienes por prescripción. Si ésta afecta sólo á ciertos bienes, puede pedirse la división en cuanto á los demás.

¿Puede ocurrir que uno de los coherederos prescriba á su favor todos ó alguna parte de los bienes hereditarios, impidiendo en todo ó en parte la acción de división de herencia? Aunque esta cuestión se relaciona íntimamente con el art. 1965, necesario es resolverla brevemente en este lugar.

El art. 915 del proyecto de Código de 1851 decía: «La acción para pedir la partición de la herencia expira á los treinta años contra el heredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio y como señor universal y particular. Si todos los coherederos poseyesen en común la herencia ó alguno de ellos en nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripción.»

Esta doctrina es la admitida en la generalidad de los Códigos. ¿Cómo puede hacerse compatible con el principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición? Es muy sencillo. Dicha acción no prescribe nunca por el solo transcurso del tiempo, siendo indiferente que los bienes se posean por uno ó por varios coherederos y sus sucesores durante cien ó doscientos años en concepto de comuneros. No hay, pues, prescripción simplemente *extintiva* para el ejercicio de la acción.

Pero es necesario armonizar esta doctrina con la de la prescripción *adquisitiva*, que permite adquirir bienes, aunque sean hereditarios, cuando al transcurso del tiempo se junta una posesión suficiente; es decir, una posesión de los mismos bienes, en concepto de dueño único, separado y exclusivo. Mientras uno de los coherederos posea como tal coheredero, posee en nombre

de todos y no puede prescribir: mas si posee como heredero único, aun habiendo varios, ó como propietario exclusivo, puede adquirir por prescripción.

Por otra parte, mientras la cosa proindiviso se posee por los herederos, ya por sí mismos, ya por otro en su nombre, cabe pedir su división. Cuando no se posee de ningún modo, parece más procedente la acción de petición de herencia, la cual tropieza con los mismos inconvenientes; pero es en sí misma prescriptible.

Ahora bien: si el coheredero posee más bienes de los que corresponderían á su participación, con relación á la parte que no le pertenece de derecho con arreglo á su título, posee sin título justo y bastante, y medie ó no buena fe en ello, necesita treinta años para poder prescribir, con arreglo á los arts. 1952 y 1959.

Con relación á los bienes muebles, la doctrina es la misma. La herencia es una universalidad, ya se componga de cosas muebles ó inmuebles, y no cabe prescribirla por tres ó seis años, stopue que lo que se prescribe en realidad no es la cosa, sino el derecho hereditario sobre ella. Además, el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título, es aplicable á las relaciones entre el dueño legítimo y terceros poseedores, no á las relaciones entre coherederos ó condueños.

Lo indispensable es la posesión en concepto de propietario exclusivo de los bienes de que se trate. Esa posesión en tal concepto debe probarse suficientemente. En caso de duda, ha de presumirse que el coheredero no posee en nombre propio exclusivamente, sino por sí y en nombre de los demás, como condueño, y no como dueño exclusivo.

Después de treinta años de posesión exclusiva, á la acción de división de herencia puede oponerse la excepción de prescripción.

Lo que se dice con relación á todos los bienes hereditarios y á uno solo de los herederos, es aplicable á algunos de dichos bienes solamente, y á varios herederos. Si dos ó más, juzgándose herederos únicos, gozan el caudal, dividiéndolo ó no entre

ellos, los demás sólo podrán entablar contra los poseedores la acción de división en el caso de que aquéllos no hayan consolidado su derecho en virtud de la prescripción.

En resumen, impuesto el estado de comunidad de la herencia por el fallecimiento del causante y la existencia de varios herederos, la ley, que en todo aspira á conceder la mayor libertad posible, faculta á cada copartícipe para pedir en cualquier tiempo la partición, no pudiendo en modo alguno ser obligado por los demás á permanecer en la comunidad. Esta acción es imprescriptible.

Esto no obstante, la partición puede suspenderse algún tiempo:

1.° Por pacto expreso de los herederos con arreglo al artículo 400, ó por constituirse entre ellos sociedad con los bienes comunes.

2.° Por disposición expresa del testador, ó por haber de seguir la indivisión si ha de ser respetada la voluntad del causante.

Debe suspenderse en el caso del art. 966.

No puede pedirse la partición de la herencia:

1.° Cuando ya se hubiese practicado de un modo definitivo.

2.° Cuando los bienes que han de dividirse, ó el derecho hereditario sobre ellos, hubiese sido adquirido por prescripción por un tercero, ó por uno de los herederos, poseyéndolos en concepto de propietario exclusivo.

Aunque sin sentar doctrina alguna de interés, se citan los artículos 1751 y 1052 en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1903, que casando la de la Audiencia hubo de estimar el derecho de un coheredero y copropietario para pedir en cualquier tiempo la herencia objeto del debate.

II.—*Personas que pueden pedir la partición.*

A) *Herederos.*—El Código habla de los herederos, y en principio es indudable que sólo á ellos corresponde la facultad de pedir la partición. Ellos adquieren los bienes directamente del

causante, y ellos son los copartícipes ó comuneros; nada más lógico que ellos sean los que puedan reclamar ese derecho.

Cuando los coherederos no pueden ponerse de acuerdo sobre el hecho de proceder á la partición ó sobre el modo de realizarla, el medio adecuado para llevarla á efecto es la intervención judicial, mediante el juicio voluntario de testamentaría ó el de abintestato. Con motivo de haber solicitado la prevención de este juicio un hijo natural con relación á la herencia de su abuelo, padre legítimo de su padre natural, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Febrero de 1903, ya examinada en el comentario del art. 943, afirma en suma, aunque sólo á la prevención del abintestato se refiera, la necesidad de que los que pidan judicialmente la partición ostenten la cualidad de herederos legítimos ó testamentarios del causante, sentando el considerando siguiente: «Así el párrafo primero del art. 973 de la ley de Enjuiciamiento civil, donde genéricamente se declara que son parte legítima para instar la prevención del juicio de abintestato los más próximos parientes del finado que se consideren con derecho á la herencia, como los artículos 960 y 961 de la misma ley, donde implícita pero claramente se reserva la facultad de promoverlo á los descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, si el finado dejase esta clase de parientes, se fundan en la presunción de ser tales parientes herederos del difunto conforme al orden de suceder legalmente establecido; siguiéndose de ello que cuando hubiere unos descendientes llamados por la ley á la herencia, y otros notoriamente excluídos de ella á causa de la ilegitimidad de su nacimiento, no pueden ser éstos reputados como parte legítima para instar la prevención del juicio en daño y menoscabo del derecho que la ley reconoce en aquéllos, para que tan sólo á instancia de aquéllos se prevenga.»

Son condiciones precisas para ejercitarlo: 1.º Haber aceptado la herencia, teniendo un derecho actual y definitivo sobre la misma. 2.º Que el heredero tenga la libre administración y disposición de sus bienes.

1.° *Haber aceptado la sucesión y tener un derecho definitivo sobre la misma.*—La acción de división de herencia no es un derecho concedido á las personas llamadas á suceder por el testador ó por la ley, sino á los que realmente lleguen á ostentar el título y la cualidad de herederos por sobrevivir al causante, tener capacidad para suceder, y haber aceptado la herencia.

Aun reuniéndose estas circunstancias, si la institución estaba afecta á condición suspensiva, el derecho á la herencia no se adquiere hasta tanto que la condición se cumpla. Ni basta la capacidad al tiempo de morir el causante, ni nada significa una prematura y condicional aceptación. No existe aun derecho adquirido; no existe tampoco facultad para pedir la partición hasta que la condición se cumpla.

Tal es el precepto del art. 1054, que desde luego se refiere á la existencia de una condición suspensiva, pues si la condición fuese resolutoria, afectaría más propiamente á la extinción del derecho hereditario que á su nacimiento, y no impediría al instituído reclamar la partición mientras estuviese la condición pendiente.

Para los demás coherederos no puede ser un obstáculo la institución condicional expresada, y pueden, por lo tanto, promover la partición. ¿Cómo se realiza esta partición? El artículo 1054 ha de ponerse en relación con los preceptos de los artículos 801 al 803; mas esta relación no resulta tan clara y bien definida como fuera de desear.

Parece desprenderse del art. 1054, que la partición de la herencia sólo se realiza entre los herederos á quienes no afecta la condición, ya que esa partición se califica de provisional, y se estima definitiva cuando la condición falta ó no puede ya verificarse. En efecto: si la parte de bienes correspondiente al heredero condicional fuese desde luego establecida y separada de las demás, precisamente la partición provisional se convertiría en definitiva, no al faltar la condición, sino al cumplirse.

Los comentaristas han entendido el precepto de diverso modo. Así, Bonel dice: «Es natural que los herederos bajo con-

dición no puedan pedir la partición de herencia hasta que la condición se cumpla, y que si por circunstancias especiales otra cosa se hiciere, la partición tenga sólo el carácter de provisional. Por lo que perfectamente detallado el precepto que nos ocupa, no necesita comentario, mucho menos cuando relacionado como está con los arts. 790, 800 y 805 de este mismo Código, cualquier duda que se suscitara no podría menos de resolverse acertadamente.»

López R. Gómez dice: «La división ha de tener el carácter de definitiva en cuanto se refiera á los herederos instituídos puramente, y el de provisional en cuanto á los llamados bajo condición, habiendo de quedar perfeccionada y consumada si la condición se cumple, ó en caso contrario habrá de ser objeto de las reglas especiales del derecho de acrecer, si el testador no hubiera ordenado un destino particular á los bienes que fueren su objeto.»

Goyena se limita á decir que no puede menos de reputarse provisional la partición hasta saberse que ha faltado la condición ó no puede ya existir.

Según López R. Gómez, la partición es desde luego definitiva para los herederos instituídos puramente. Según Bonel, la cuestión es clara, y la partición siempre provisional. Según Goyena, es provisional hasta que la condición falte. ¿Y si la condición se cumple, no fué también provisional hasta ese cumplimiento la partición? La cuestión es ésta: los herederos no condicionales, ¿parten sólo entre sí, ó parten con el heredero condicional, separando la parte que á éste puede llegar á corresponder?

Los Códigos de Francia é Italia no contienen el precepto de nuestro art. 1054, y en los de Chile y Colombia sólo se comprende la primera parte de la disposición.

Los arts. 4047 al 4049 del Código de Méjico y 1019 al 1021 del de Guatemala, después de repetir textualmente el precepto del nuestro, añaden: «La partición se considerará provisional sólo en cuanto á la parte en que consista el derecho pendiente, y en cuanto á las cauciones con que se haya asegurado.»

Losana manifiesta que si la herencia se defiere en parte á un heredero puro y simple, y en parte á un heredero condicional, cree que el llamado de un modo puro y simple tiene derecho á pedir la división, dirigiéndose contra el administrador de la cuota condicional, y si el mismo estuviese investido de tal cualidad, debe provocar antes el nombramiento de un curador ó representante especial.

No resulta, por tanto, de frente en parte alguna la cuestión que nos ocupa; preciso es estudiar la situación á que el artículo 1054 se refiere, y, relacionando este precepto con otros, encontrar la solución más racional.

Supongamos el caso presentado por Losana. Hay solamente dos herederos: uno instituído puramente; otro bajo condición. Éste no puede pedir la partición; pero el heredero puro y simple sí, pues no cabe duda que le interesa que se determine ó separe la parte de que ha de poder disponer con libertad. Si en este caso puede pedirse por ese heredero la partición, es indudable que la porción correspondiente al heredero condicional ha de determinarse ó establecerse también con separación, y como esto es lo racional y lógico, claro que así habrá de procederse siempre, sea cualquiera el número de los coherederos.

Así se deduce también del art. 801 y siguientes. Los bienes transmitidos condicionalmente han de ponerse en administración hasta tanto que la condición se cumpla ó no pueda ya cumplirse. Sea administrador el coheredero á quien corresponda en su caso el derecho de acrecer, ó el mismo heredero condicional, es lo cierto que si la partición se pide por los herederos puros y se realiza, necesario es determinar, separar la parte que ha de ser administrada. Si todos los bienes se dividiesen sólo entre los herederos puros, reinaría una confusión incompatible con el estado de división, y no podrían aplicarse los arts. 801 al 803.

Lo natural y racional, por consiguiente, es que se determinen y adjudiquen con separación y de un modo provisional los bienes correspondientes en la división al heredero instituído con condición suspensiva, siendo administrados en la forma que

marcan los citados artículos, y que al cumplirse la condición se convierta esa partición en definitiva, entregándose en propiedad los bienes administrados á su dueño; y al faltar ó no poder ya verificarse la condición misma, se adjudique la parte del heredero condicional á quien corresponda legalmente, ó se proceda á una partición complementaria con la parte que quedó vacante.

Siendo esto así, debe admitirse lo establecido en los códigos de Méjico y Guatemala; la partición es definitiva con relación á los herederos puros y simples, ó lo que es lo mismo, la parte determinada que les correspondió en la división no se altera nunca, cúmplase ó no se cumpla la condición; podrán recibir después más bienes, pero los ya recibidos quedaron suyos de un modo definitivo, lo cual es convenientísimo para la estabilidad de las relaciones jurídicas. En cambio, la parte determinada adjudicada al heredero condicional, ó la partición con relación á él, es siempre provisional, ligada á la misma condición de que su derecho depende. Más claro: la partición es provisional, no precisamente con relación á tales ó cuales herederos, sino más bien con relación á todos, pero sólo respecto á la parte correspondiente al heredero condicional, que es la que no se sabe en quién ha de recaer en definitiva, y en cuanto á esa parte es provisional siempre, falte ó no falte la condición, hasta que ésta se cumpla ó no pueda ya verificarse.

El art. 1054, como el 801, debe, pues, referirse á ambos casos, y decir: Hasta saberse si la condición se cumple ó no se cumple, la partición se entenderá provisional en cuanto á la parte en que consista el derecho pendiente.

Dicho art. 1054 exige que los herederos puros aseguren competentemente el derecho del heredero condicional. Esto ha de entenderse en el caso de que el mismo heredero condicional no sea llamado con arreglo al art. 803 á administrar su cuota. Si no lo es, parece que su derecho resulta competentemente asegurado con la fianza á que el mismo artículo alude, y con dar al heredero condicional intervención en las operaciones particionales.

Pero de aquí arranca otra duda. ¿Tienen derecho esos herederos á intervenir en la partición? Creemos que sí. El art. 1054 sólo les prohibe pedir la partición; mas al realizarse por voluntad de los demás, están en ella interesados, como lo están también las personas á quienes haya de pasar su parte al no cumplirse la condición, por lo que no vemos inconveniente alguno en que unos y otros intervengan. Precisamente por eso, la partición se convierte en definitiva cuando la condición se cumple.

2.° *Capacidad.*—La ley no trata de la capacidad para intervenir en la partición, sino de la capacidad para pedirla ó exigirla, se entiende, judicialmente; pues procediendo de mutuo acuerdo ó amigablemente, la iniciativa puede partir de cualquiera, sin que haya razón para discutir si era ó no capaz, aunque tendrá que serlo, en su caso, para el otorgamiento de la escritura.

Pueden, pues, pedir la partición las personas que, estando interesadas en ella, puedan comparecer en juicio. Con arreglo al art, 1052, lo son todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, y por los incapacitados ó ausentes, sus representantes legítimos.

Corrobora esta doctrina la Resolución de la Dirección de los Registros de 24 de Diciembre de 1900, que repitiendo el precepto del art. 1052 establece que todo coheredero, con la libre disposición de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, salvo el caso de haberla hecho por sí el testador ó el de haber encomendado su práctica á una persona que no sea un coheredero.

Discútese si el acto de la división envuelve ó no enajenación de bienes, y, por tanto, si basta tener capacidad para administrar, ó se exige capacidad para disponer. Ya nos hemos ocupado de esta cuestión en las ideas generales, aunque sin referirnos especialmente á la capacidad. Es opinión casi unánime que se trata de un acto especialísimo, que excede las facultades de un simple administrador, y no exige rigurosamente la plena y absoluta capacidad de disponer.

Laurent dice: «Aun no siendo una enajenación en derecho es cierto que la partición tiene de hecho una importancia casi tan grande como la enajenación, porque determina los derechos que pertenecen á cada heredero, juzgándose que esos son los que le han pertenecido siempre sobre los bienes de la sucesión. Ahora bien: existen bienes más ó menos provechosos, bienes que convienen á unos herederos y no convienen á otros; el interés de los herederos, puede, por lo tanto, ser lesionado gravemente en la partición. Pueden también hallarse interesados en que la indivisión continúe. De aquí la necesidad de una cierta capacidad para demandar la partición, que no es fácil de definir. No es la capacidad para enajenar, ni tampoco la capacidad para administrar, debiendo concluir que, siendo la partición un acto de una naturaleza especial, exige también una capacidad especial. El texto de la ley es el que decide en cada caso la cuestión.»

La partición, expresa Goyena (art. 895 del proyecto de Código de 1851), «es enajenación, pero enajenación impropia, y además forzosa.»

Por su naturaleza, como hemos dicho, la partición es un acto traslativo de propiedad y envuelve, por tanto, una verdadera enajenación. No obstante, en muchos códigos se considera sólo un acto declarativo, porque aparte de que la ley impone siempre la división, haciendo este acto forzoso, es lo cierto que en suma, mediante él, se declara ó determina lo que en concreto corresponde á cada coheredero en sustitución de su cuota abstracta ó indivisa, estimándose y debiendo ser siempre igual una y otra participación, antes y después de dividir.

Esto supuesto, y ateniéndonos al texto de la ley, las personas que tengan en absoluto capacidad de obrar, ó como dice el artículo 1502, las que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, pueden por sí mismas exigir la partición, siempre que sean coherederos.

En nombre de los menores sujetos á la patria potestad, intervendrá su padre ó madre (art. 155), aun cuando tengan interés opuesto en la herencia en algún caso; pues la oposición de inte-

reses no está en pedir la participación que interesa á todos los coherederos, sino en llevarla á cabo, á cuyo efecto será preciso nombrar al hijo menor un defensor judicial con arreglo al artículo 165. De ordinario, para pedir la partición no se manifestará nunca esa oposición de intereses, pues teniendo el padre derecho á pedir en su propio nombre la partición, no necesita pedirla en nombre de su hijo. Ahora bien: si sólo son herederos el padre y el hijo, y aquél repugna la división, lo que resultará de hecho será que el hijo quedará sometido á aquella voluntad, pues no habrá quien en nombre del mismo pretenda una cosa distinta.

A los menores é incapacitados sujetos á tutela les representa su tutor debidamente autorizado por el consejo de familia (números 7.º y 13 del art. 269), y si los intereses fueren opuestos, el protutor con la misma autorización (art. 236, núm. 2.º).

Los menores emancipados pueden pedir la partición é intervenir en ella, asistidos por su padre, su madre ó un tutor (artículo 317).

Respecto á los ausentes, han de tener quien represente sus derechos, y á estos representantes corresponde toda gestión.

En cuanto á la mujer casada, rige el precepto especial del art. 1053, que exige poca aclaración. La autorización del marido, ó el consentimiento de la mujer, constará de ordinario en la escritura de poder conferida al procurador que ha de representar su derecho en juicio.

Aun siendo la mujer casada menor de edad, ha de reputarse emancipada, por lo que no ha de exigirse en este caso, como exigen otras legislaciones, la autorización judicial, ni aun la intervención de su padre, madre ó tutor, pues se trata de derechos de la mujer relacionados con sus bienes parafernales, respecto á los cuales, aun para actos de enajenación, según algunos, su personalidad se completa con la intervención de su marido, jefe de la sociedad conyugal.

La autorización del juez en defecto de la licencia del marido, en su caso, como dice el art. 1053, debe proceder lo mismo cuan-

do dicho marido no quiera concederla, que cuando no pueda por ausencia en ignorado paradero, locura, interdicción, etc.

El art. 1053 como el 995, el 60 y el 61, se hallan subordinados cuando se trata de bienes parafernales al precepto del 1383, con arreglo al cual el marido por sí solo ó sin intervención de su mujer, no puede promover juicio de testamentaría con relación á una herencia dejada á su esposa. Así lo declara con razón la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1904.

Con respecto á la mujer casada, depositada judicialmente, y en prosecución del pleito de divorcio con su marido, la sentencia de 18 de Enero de 1909, asienta la doctrina de que el Tribunal sentenciador al conceder á la mujer casada, en las condiciones expuestas, autorización para aceptar la herencia de su madre é intervenir en las operaciones particionales que sean su consecuencia, no priva arbitrariamente al marido de un derecho, sino que más bien, otorga á la mujer la habilitación que no haciéndolo el marido sino para cada operación testamentaria, á medida que le participare los actos que iba á realizar, si los estimare procedentes, puede concederla en la forma absoluta y plena que el Código establece.

El uso de esta facultad ejercitada por el Tribunal en vista de la extraña actitud del marido, añade la sentencia, no implica la infracción del art. 1053 del Código civil (en relación en este caso litigioso con los artículos 61 y 995) pues si en algún caso concreto pudiera ser necesario, el conocimiento más ó menos detallado del asunto objeto de la habilitación, no es aplicable esta regla cuando se trata de la aceptación de una herencia y consecuencias legales de la misma, si el Tribunal ha tenido en consideración la actitud irregular del marido y los perjuicios con ella originados á la mujer y demás coherederos.

Puede ocurrir que uno de los coherederos muera sin haber reclamado la partición dejando á su vez varios herederos. A este supuesto provee el art. 1055. Cada uno de estos segundos herederos por sí solo, con independencia de los demás, puede pedir, en representación de su respectivo causante, la partición. Para

ello, es claro, necesita haber aceptado la herencia del coheredero que murió, y tener capacidad. Sólo como heredero definitivo puede representar á su causante, y haber adquirido de él el derecho á una participación en la herencia primera, cuya partición tiene derecho á reclamar, aunque no lo hagan sus coherederos.

Lo que se dice respecto á cada uno de los herederos del coheredero que falleció, es aplicable, en el caso de heredar por estirpes, á cada uno de los individuos que componen la estirpe ó representan á un heredero por derecho propio, que murió antes que el causante, ó es incapaz ó fué desheredado. Cierto que el grupo de representantes, y no uno solo de ellos, integra la representación, como en el caso de fallecer un heredero, su personalidad está representada por todos sus sucesores á título universal y no por uno solo; pero el art. 1055, teniendo en consideración que cada uno puede reclamar la parte que le corresponda, expresamente concede el derecho particular de pedir la partición á cada uno de estos sucesores, y por tanto, á cada uno de aquellos representantes que heredan por estirpes.

B) *Otras personas.*—Aunque el Código, como hemos dicho al tratar de las personas que pueden pedir la partición de la herencia, sólo habla de los herederos, es indudable que no son solamente ellos los que pueden ejercitar ese derecho.

Prescindamos del cónyuge sobreviviente. En nuestro Código es heredero forzoso. Si renunciase su derecho, al dejar de ser heredero dejaría de tener interés en la partición y no podría pedirla. Ciertamente puede, aun no siendo heredero, reclamar la liquidación de la sociedad conyugal y división de bienes por muerte de su consorte; pero aquí no se trata de la acción de partición de herencia, sino de una acción distinta.

Aparte de él, pueden reclamar la partición:

1.º *El legatario de parte alícuota.*—Es un partícipe de la cosa común, y por ello la ley de Enjuiciamiento civil le concede la facultad de promover el juicio voluntario de testamentaría, medio preventivo, cuyo objeto es evitar todo perjuicio en la partición, haciendo intervenir la autoridad judicial. Dichos lega-

tarios pueden pedir la partición por hallarse en ella interesados.

2.º *Los cesionarios del heredero ó legatario de parte alícuota.*— En efecto, pueden éstos, una vez adquirido su derecho, cederlo á quien quieran, y el cesionario viene entonces á representar el derecho del cedente. Nada más justo que concederle la facultad de pedir la partición. Así lo reconoce el Código de Chile. Así también lo admiten los Códigos de Guatemala, Perú, Méjico, Colombia, Ecuador y el de la República de El Salvador, y así debe resolverse también la cuestión en nuestro derecho. El cesionario es el mismo heredero cedente: con el derecho hereditario cedido van todos sus accesorios, uno de los cuales es el de pedir la partición.

Respecto á la intervención de dichos cesionarios en la partición, véase el art. 403 que juzgamos aplicable. Los herederos cedentes deben desde luego intervenir, por las múltiples relaciones que crea entre los partícipes la comunidad de herencia, colaciones á que pueden estar obligados, deudas, abono de frutos, etc., como veremos en otro lugar.

3.º *Los acreedores particulares de los herederos en casos especiales.*—Todo el que tiene interés en la comunidad ó en la partición de la herencia puede reclamarla. En el caso de no poder cobrar los acreedores de un heredero con los bienes particulares de éste, tienen interés en conocer las cosas determinadas que en la división correspondan á ese heredero deudor, para poder reclamar contra ellas; luego en tal caso los acreedores deben poder pedir la partición justificando su interés.

Los arts. 1022 del Código de Guatemala y 4050 del de Méjico, dicen así: «El acreedor de un heredero ó legatario que ha trabado ejecución en el derecho que éstos tienen en la herencia y que ha obtenido sentencia de remate, puede pedir la partición siempre que el pago no pueda hacerse con otros bienes.»

En nuestro Código, ese derecho puede decirse reconocido en el art. 1111, según el cual, los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para

realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin.

Las excepciones confirman, pues, la regla general. El derecho de pedir la partición de la herencia es una facultad peculiar de los herederos. Si en algún caso ese derecho se concede á terceras personas, es, ó porque se hallan equiparadas á los herederos á ese efecto, como los legatarios de parte alícuota, ó porque ejercitan una facultad que por los herederos les ha sido transmitida, como los cesionarios, ó porque obran en nombre de esos herederos y autorizados para ello por la ley, como los acreedores.

III.—*Personas contra las cuales ha de reclamarse la partición.*

Sólo algunas palabras de los artículos 1052 al 1055 aluden á esta materia. Así, según el art. 1053, los coherederos de la mujer no pueden pedir la partición sino dirigiéndose juntamente contra ella y su marido; y, según el 1055, los herederos del coheredero que murió, cuando todos, ó más de uno, soliciten la partición, han de intervenir juntos, debiendo comparecer bajo una sola representación.

La acción de partición tiene por objeto dividir una cosa común, la herencia, entre los partícipes ó coherederos. Luego en la partición deben intervenir todos esos copartícipes ó interesados, y al efecto, la acción debe dirigirse contra todos ellos. Con razón, Laurent y Losana afirman que al prescindirse de un heredero, al no intervenir un interesado ó comunero, la acción no puede producir un eficaz resultado, porque el heredero que falte tendrá siempre derecho á pedir su parte, y á deshacer cuanto se hizo sin contar con su voluntad.

Sostiene Navarro Amandi, que en nuestro derecho debe admitirse distinta solución, «porque la jurisprudencia francesa y belga y la opinión de sus comentaristas se fundan principalmente en el art. 1078 del Código de dichos países, que habla de practicar una nueva partición, si la primera no se hubiese hecho

entre todos los hijos del finado, y dicho artículo no tiene concordante en el nuestro, que admite la regla contraria en el 1080, reconociendo y sancionando la validez de particiones hechas sin conocimiento, y aun con preterición de un coheredero».

Ciertamente, este art. 1080 señala una excepción, pero una excepción en cierto modo fundada, porque parte de la *buena fe* de los coherederos que realizaron la partición ignorando que existiese otro partícipe con quien tenían que dividir la herencia. En identidad de circunstancias, mediando esa ignorancia ó existiendo esa buena fe, cabe que la acción de partición se dirija sólo contra los herederos conocidos, y que sea eficaz habiendo prescindido de alguno, y aun esto con ciertas limitaciones que el mismo art. 1080 consigna. Pero fuera de ese caso excepcionalísimo, creemos que la acción sería inútil, y la partición, en su caso, ineficaz. Luego en principio ha de admitirse que la acción ha de ejercitarse contra todos los coherederos.

El coheredero á quien se exige la partición, viene obligado á ella por virtud de la ley, de modo que no es raro que la mayoría de las legislaciones exijan mayores requisitos ó más capacidad para pedir esa partición que para prestarse á ella una vez realizada. En nuestro derecho, sin embargo, la regla es la misma. Para demandar, como para contestar como demandado, es preciso tener capacidad para comparecer en juicio. Véase, pues, cuanto quedó expuesto anteriormente sobre este particular.

La sentencia de 22 de Marzo de 1899, que examinaremos en el art. 1064, declara con relación al 1051, que al obrar en ejercicio de la acción que á los herederos compete para pedir la partición de los bienes hereditarios, cada uno de esos herederos representa sólo su propio y particular derecho enfrente del de los demás, no pudiendo atribuirse la representación de la herencia.

Concordancias.—Con relación á los arts. 1051 y 1052 de nuestro Código, véanse los arts. 815 y 816 de los Cuerpos legales de Francia y Bélgica, y 954 y siguientes del Código de Italia, así como también téngase en consideración lo expuesto en el

anterior comentario con respecto á la facultad del testador para prohibir la partición.

El Código de la República Argentina, no obstante la generalidad de sus disposiciones relativas á la división de los créditos activos y pasivos, no contiene en este especial capítulo precepto ninguno concordante con los artículos de nuestro Código.

Bolivia, después de definir (art. 644) la partición de bienes como acto en que los herederos dividen la porción de la masa hereditaria, para tomar cada uno lo que le corresponda, establece, como nuestro art. 1051, que á ninguno se le obligará á conservar la herencia indivisa, y que la acción de partir se puede entablar en cualquier tiempo, aunque haya convenciones en contrario (art. 645), sin que tenga concordancias este Código con los demás preceptos de nuestros arts. 1052 al 1055.

Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, establecen análogas disposiciones á las de nuestro Código en los arts. 1317, 1321 y 1322 del Código de Chile; 1374, 1376 y 1379 de Colombia; 1307, 1311 y 1312 del Ecuador, y 1214, 1216 y 1223 del de la República de El Salvador.

Guatemala establece parecidas disposiciones á nuestro Código, pero más minuciosas y casuísticas en sus arts. 1014 al 1019. Respecto á la suspensión de las operaciones particionales, dispone que sólo podrán suspenderse en virtud de convenio expreso de los interesados y por un término que no pase de cinco años. Idénticas reglas contiene el Código de Méjico en sus arts. 3789 á 3792.

Honduras copia los artículos del Código español en sus equivalentes 1158 á 1162.

Uruguay, tanto en el fondo como en la forma de sus disposiciones, concuerda en sus arts. 1090 al 1096.

Venezuela carece de concordante, en cuanto se refiere á las condiciones generales de capacidad, para poder exigir la partición de la herencia.

ARTÍCULO 1056

Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos.

ARTÍCULO 1057

El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

ARTÍCULO 1058

Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

ARTÍCULO 1059

Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará á salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

ARTÍCULO 1060

Cuando los menores de edad estén sometidos á la patria potestad y representados en la partición por el padre, ó, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

De los importantes artículos que vamos á examinar en este comentario, resultan cuatro formas distintas de partición:

1.ª La realizada por el mismo testador.

2.ª La practicada por un contador nombrado al efecto por el causante de la herencia.

3.ª La que verifican los herederos por sí mismos de común acuerdo.

4.ª La que se verifica judicialmente por falta de dicho acuerdo. Esta puede también imponerse por otras circunstancias.

La partición, pues, como expusimos en las *ideas generales*, puede ser extrajudicial ó judicial. Y aun resulta del art. 1060, en su relación con los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, una forma de partición mixta, en la que realizadas extrajudicialmente todas las operaciones, deben, no obstante, someterse á la aprobación judicial.

I.—*Partición extrajudicial.*

Primero. Partición hecha por el mismo testador (art. 1056).—La ley 7.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª, facultaba al padre para hacer en su testamento la partición de bienes entre sus hijos, y aun consideraba este testamento como privilegiado, permitiendo hacerlo sólo ante dos testigos, como hemos expuesto en otro lugar.

Como observa acertadamente Losana, la experiencia de todos los tiempos demuestra que, entre toda clase de actos, el de la partición de la herencia es sin duda el que, al llevarse á efecto, somete á más dura prueba la paz y la concordia de la familia, y perturba en el más alto grado las relaciones y afecciones domés-

ticas. El natural conflicto de intereses entre los coherederos, el deseo de poseer determinados objetos de la herencia, el fácil disentimiento sobre el valor de cada objeto ó sobre la formación de cada lote, y la necesidad de rendir cuentas recíprocamente sobre frutos, gastos, etc., no pueden menos de suscitar discordias y cuestiones que, aun en el caso de no impedir el que al fin se realice una partición amistosa, es raro que no deje tras sí disgustos, recriminaciones y rencores, que sobreviven por largo tiempo al acto realizado.

Y si en último término los herederos no pueden ponerse de acuerdo, se hace necesaria la intervención judicial, que, dando publicidad á los bienes y á las disensiones familiares y ocasionando gastos crecidos, aumenta los rencores y disgustos é impone una división matemática, hecha con un criterio abstracto é impersonal, donde se prescinde de lo que es conveniente á cada heredero, y por exagerar el principio de igualdad, tal vez á todos se perjudica.

Todos estos inconvenientes se evitan en el caso de realizar el mismo testador la partición. Conocedor de las aptitudes y necesidades de cada heredero, ansioso más que nadie del fomento de su caudal, asigna á cada cual lo que juzga le es más conveniente ó lo que más se conforma con las aspiraciones y deseos del partidor, impide todos los males de la indivisión, y evita la intervención judicial.

Reconociendo estos principios los códigos de Francia, Bélgica é Italia, sólo consienten al testador la facultad de hacer la partición en un caso especial: cuando la hace el padre ó la madre entre sus hijos, ó los ascendientes entre sus descendientes legítimos. El fundamento de esto se encuentra en que tal facultad se considera rara ó extraña. Como dice Losana, es un derecho excepcional que constituye una paradoja jurídica, porque división sin una preexistente comunidad de bienes, equivale á hijo sin madre. En la partición ordinaria, añade en otro lugar de su obra, preexiste una anterior división real ó de hecho, y, sin embargo, se finge que cada heredero ha poseído desde un

principio los bienes determinados que le corresponden al dividir, mientras que en la partición hecha por el testador hay que fingir que antes de ella ha existido comunidad ó indivisión, y así los descendientes reciben directamente de su ascendiente bienes determinados y específicos; pero los reciben á título de división, como si constituyeran la conversión de una precedente cuota ideal y abstracta de copropiedad, en un lote de bienes material y concreto.

El nombre de división ó partición no será, en efecto, el más propio; mas eso no es una razón para considerar el derecho del testador como excepcional y para concederlo solamente á los ascendientes entre sus descendientes legítimos. El testador es el dueño de los bienes, y así como tiene el incuestionable derecho de transmitirlos en globo ó indeterminadamente á los que designa como sus sucesores, no puede negársele que realice esa transmisión de un modo determinado, dando ó asignando á cada heredero bienes señalados ó concretos, marque ó no previamente las cuotas á que se amolda la distribución. Esta facultad no es excepcional en un ascendiente ni en testador alguno.

En Francia se aplica el principio con todo rigor, y en la división sólo pueden entrar los descendientes; mas en Italia se reconoce que el padre, así como puede repartir entre sus hijos la porción forzosa, puede repartir entre ellos ó entre extraños la parte libre. El ascendiente que divide entre extraños esta porción, no es en cuanto á ellos tal ascendiente: ¿por qué el tener hijos les ha de dar un privilegio que á otros testadores no se concede?

En todo caso, aun partiendo de lo excepcional de la facultad de partir ó dividir lo que nunca ha estado indiviso, es lo cierto que se reconoce que esa facultad constituye un gran bien y evita muchos males. ¿Qué inconveniente puede haber en extender el derecho á todo testador? He aquí por qué los códigos de Chile, Colombia, Guatemala y Méjico, entre otros, consignan ya la regla de la primera parte de nuestro art. 1056; disposición que merece aplauso.

Hay que distinguir entre el hecho de disponer de los bienes y su división, y sobre esta base entenderse el precepto del artículo 1056 al facultar al testador para hacer la partición de sus bienes por acto entre vivos ó por última voluntad. Se trata de partir ó dividir la herencia, división ó partición que ha de practicarse entre los herederos designados por el testador. Esta designación es el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, y ese acto forzosamente ha de contenerse en el testamento, por lo cual es siempre un acto de última voluntad, que requiere las formalidades propias de éste según los casos. Después viene la segunda parte, la división ajustada á las bases de aquella disposición y esta división es la que puede hacer el testador en el mismo testamento, en otro distinto, ó *en acto entre vivos*. Con estas palabras, la ley, en el art. 1056, como en el 1057, que después examinaremos, alude á las formalidades con que puede practicarse la partición, no á los efectos de ésta, significando que para ella no es preciso que intervengan las formas solemnes que todo testamento, ó acto de última voluntad en general, requiere. Ni aun será preciso guardar las formalidades especiales de las donaciones, porque no se trata de disponer á título gratuíto, sino de dividir aquellos bienes de que ya anteriormente se dispuso en forma legal.

Conforme con esta doctrina, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de Junio de 1903, que la partición hecha por el testador supone un testamento previo en el que se dispone de los bienes, ó la aplicación de las reglas de la sucesión intestada, y que, por lo mismo, no surte esa partición efecto hasta después de la muerte del causante, ni impide la variación de la voluntad de éste durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada.

Aun cuando de una vez, en el mismo testamento, realice el testador la partición, pueden marcarse esos dos actos distintos: la transmisión de la propiedad de ciertos bienes á varias personas, á quienes previamente se asigna una cuota ó participación

abstracta, y su división entre ellas; actos que, aun cuando aparezcan unidos íntimamente, admiten cierta distinción. Si el acto, por cualquier circunstancia, no puede valer como división, valdrá siempre como traslación de propiedad en la cuota que resulte establecida por el testador. Así, si un padre distribuye sus bienes entre sus hijos, y limita la asignación de uno de ellos sólo á su porción legítima, aun anulada la partición valdrá el señalamiento de cuotas, y ese hijo podrá pretender que se le den otros bienes de los que el padre le asignó, mas nunca percibir una porción superior á su legítima.

No por ello puede pretenderse que todo acto de disposición de bienes por una persona entre otras varias, asignando á cada una de éstas diversos objetos, significa división. Puede tratarse de simples donaciones ó legados. Para que haya división ó partición, es preciso que, transmitiéndose los bienes por título de herencia, se asigne primeramente á cada interesado una cuota ó participación ideal ó abstracta en el total de bienes, lo cual indica la comunidad, y que esa cuota ó participación se concrete ó determine dividiendo materialmente el mismo dueño los objetos entre los partícipes.

Debemos, por tanto, prescindir aquí del caso en que el testador distribuya todos sus bienes en legados, ó señale, sin pretender dividir cosa alguna común, determinados objetos á cada heredero, y con mayor motivo, de todo acto de donación que haya de producir sus efectos en vida del donante, salvo si reservándose éste determinados derechos durante su vida, habiendo designado en forma legal sus herederos, y siendo éstos los mismos donatarios, divide entre ellos con la sola formalidad de un acto entre vivos los derechos que se reservó.

Por lo demás, la voluntad del dueño de los bienes siempre ha de respetarse; pero sus efectos serán los procedentes según la naturaleza del acto principal, que es el de disposición de los bienes, siguiéndose, según los casos, en primer término las reglas propias de las donaciones ó de las transmisiones para después de la muerte, y en segundo lugar, las de la división cuando ésta se realiza por el mismo transmitente.

La partición de herencia hecha por el testador puede, pues, llevarse á efecto por acto entre vivos, ó por última voluntad, esto es, con las formalidades propias de uno ú otro de dichos actos.

Puede ser también total, ó comprender todos los bienes del causante, ó parcial, esto es, limitada á ciertos bienes ó derechos, ó circunscrita á ciertos grupos de herederos. Los bienes no divididos por el testador, se partirán en la forma que según los casos proceda.

Por último, el testador puede imponer determinadas condiciones de las que dependa la eficacia ó ineficacia de su partición, ó señalar un plazo hasta llegar el cual permanezcan los bienes proindiviso (art. 1051).

El testador es enteramente libre en la manera de realizar la partición. El art. 1056 sólo le impone dos condiciones: 1.ª Que esté practicada por el mismo. 2.ª Que no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

Hecha la partición por acto entre vivos ó *mortis causa*, antes de la muerte del causante, debe haberse practicado por éste. El art. 831 no es excepción, porque faculta á uno de los cónyuges para realizar la partición de los bienes del otro; pero se refiere á un momento en que el causante ha muerto ya, y ha muerto sin testamento. El art. 1057 permite á tercera persona hacer la división, pero también después de la muerte del testador. En vida de éste, por lo tanto, la regla es que sólo él puede verificarla, sin que sea válida la hecha antes de su muerte por persona alguna á quien al efecto se confiera poder. Véase el segundo párrafo del art. 1271.

La verdadera excepción de dicha regla sólo puede encontrarse en aquellos casos en que, por razones especialísimas, se permite á los padres testar por sus hijos. El derecho de sustituir, concedido á los ascendientes en los arts. 775 y 776, equivale á la facultad de hacer testamento por sus descendientes menores de edad ó incapacitados por enajenación mental, y es claro que al poder designar las personas que han de suceder ó heredar, no precisamente al testador, sino á sus descendientes que sobrevi-

ven y son herederos, puede también dicho ascendiente realizar entre esas personas la partición de la herencia.

En el art. 774 el testador testa por sí mismo, y si designa heredero en segundo ó tercer lugar, es bajo la base de que los primeramente designados no lleguen á serlo. Es claro que puede practicar la división de la herencia entre los llamados en primer término, y modificarla para el caso de que concurran todos ó alguno de los sustitutos.

El testador, teniendo herederos forzosos, no puede practicar la partición en forma tal que resulte perjudicada la legítima. No ya con relación á las cuotas fijadas á cada heredero, que evidentemente no pueden ser inferiores á la porción forzosa, sino concretamente, con relación á los bienes adjudicados por el testador, si el valor real de éstos, más ó menos disfrazado, con intención ó sin ella, no alcanza al importe de la cuota que corresponde por virtud de la ley al legitimario, puede éste impugnar la partición por lesión y pedir el complemento de su legítima. No estimamos que tal circunstancia sea motivo para anular ni para rescindir totalmente la partición. La ley no puede ser en este caso más rigorosa que en el del art. 1080, cuyo precepto es general á toda partición, y en el que existe hasta preterición de un heredero. La partición es válida, como se deduce del mismo artículo 1056, *en todo cuanto no perjudique* la legítima de los herederos forzosos. El perjudicado tiene el recurso del art. 1075 en relación con el 815; el precepto de éste está concebido en términos absolutos: «el heredero forzoso que *por cualquier título* reciba menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma». El art. 1075, en relación con el 1077, resuelve más concretamente la cuestión, mostrando de un modo claro el criterio del legislador.

En el expresado sentido resuelve la sentencia de 27 de Noviembre de 1896, que, practicada por el difunto la partición de sus bienes en su testamento, los herederos no pueden promover el juicio de testamentaría, sino sólo ejercitar, en el caso en que proceda la acción rescisoria á que se refieren los arts. 1075 y

1076 del Código civil. En el caso que motivó dicha sentencia se trataba de herederos forzosos.

Asimismo la sentencia de 19 de Abril de 1905, establece que la nulidad de una partición *intervivos* hecha por el testador, en razón á perjudicarse en ella la legítima de los herederos forzosos, no puede declararse en un incidente meramente procesal como el de nulidad de actuaciones.

Respetando las dos condiciones ó limitaciones expuestas, es como dijimos, enteramente libre el testador en la manera de realizar la partición, y sus herederos *han de pasar por ella*, como dice el art. 1056.

Ya hemos dicho que puede practicarla por acto entre vivos ó por última voluntad de todos los bienes ó de parte de ellos, en cuanto á todos los herederos ó con relacion á algunos de los mismos, afectándola ó no á determinadas condiciones suspensivas ó resolutorias. Pero no es esto sólo: no necesita el testador hacer formal inventario, ni citar á herederos, legatarios ni acreedores, ni es obstáculo á su casi absoluta libertad el que los herederos siempre que tengan capacidad para suceder, sean menores de edad ó estén incapacitados para disponer, administrar ú obligarse. Tampoco tiene que sujetarse á los preceptos de los artículos 1061 y 1062, que exigen la posible igualdad en la partición, haciendo lotes, vendiendo bienes, caso necesario, etc. Aunque estos artículos parecen aplicables á toda partición, su esfera de acción es más limitada, y ni obligan al testador en el caso del art. 1056, ni á los herederos cuando de común acuerdo quieren dividir de otro modo los bienes hereditarios (art. 1058). El testador es libre y sus herederos han de pasar por lo que haga en cuanto no perjudique la legítima de los forzosos. Inútil es soñar otras limitaciones, que no existen.

Los arts. 1075 y 1076 confirman esta solución: hecha la partición por el testador, los herederos no pueden impugnarla por causa de lesión contra la voluntad de su causante mientras no se perjudique la legítima, y ni aun quedan obligados entre sí á la evicción y saneamiento, á no ser apoyados en esa voluntad, sal-

vo el mismo límite, la integridad de la legítima, que siempre ha de respetarse (art. 1070).

Pero si quedase un átomo de duda, el último párrafo del artículo 1056 la desvanecería por completo. No ya asignar á cada heredero en la partición los bienes que quiera el testador entre los que haya, al uno metálico, al otro inmuebles, al otro créditos ó acciones, etc., sino que, aun en el caso de no existir en la herencia más que una explotación agrícola, industrial ó fabril, puede asignarla á uno solo de sus hijos, y disponer que á los demás se le entregue en metálico su parte ó simplemente su legítima.

Se concede la facultad al padre, y con relación á sus hijos, porque es el caso verdaderamente dudoso y peligroso No habiendo hijos ni herederos forzosos, evidente es que el testador puede disponer de sus bienes en la forma que mejor le convenga.

No dice expresamente el art. 1056 que el hijo á quien se adjudique la explotación haya de pagar de su propio peculio en metálico á los demás hijos su legítima; sólo faculta al testador para disponer que se satisfaga en esa forma tal porción. Si hay en la herencia metálico para ello, desde luego con él se realizará el pago, pero si no le hay, como será lo más frecuente, el precepto también ha de respetarse. ¿Cómo? Vendiendo, caso necesario, otros objetos para ese fin, ó imponiendo en último término, si no hubiere otro recurso, al mismo hijo favorecido esa obligación.

En esto el Derecho común se aproxima á la legislación especial de Cataluña. Según el capítulo 94 de las Cortes de Monzón de 1585, toda persona puede en dicha región disponer libremete por acto de última voluntad de su patrimonio, salva la legítima para los ascendientes y descendientes, que consiste en la cuarta parte de los bienes del difunto, quedando á elección del heredero pagar esa legítima en metálico ó en inmuebles del caudal relicto.

Por costumbre establecida en dicha región, el padre dispone de las tres cuartas partes de su caudal en favor de su hijo primogénito, y éste, haciendo uso de aquella facultad, sin inter-

vención de sus hermanos, forma el inventario y realiza las demás operaciones, asignando en cualquier forma su legítima á los demás.

En el art. 1056 del Código, la partición la realiza el testador, y él determinará la forma de pago. Su facultad es, además, excepcional, y para el caso en que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril.

Hecha la división por el testador durante su vida, pueden alterarse por completo las circunstancias en el período que media hasta su muerte.

Desde luego la división de la herencia viene á ser un accesorio de la institución de herederos; de modo que en todos los casos en que esta institución se anule por cualquier causa, nula será la división. Aparte otros motivos, que no hay por qué mencionar en este lugar, merece citarse el caso en que, después de practicarse la partición, sobrevengan hijos, ó nazca uno de éstos que resulte preterido en el testamento. No es natural que, instituído heredero el hijo que nació después de hecha la partición en un nuevo acto de última voluntad, nada exprese el testador sobre los bienes que han de serle entregados; pero si así ocurriese, no habría preterición en la institución, y no sería aplicable el art. 814, sino sólo preterición en la partición; caso que, aunque de un modo indirecto, puede decirse resuelto en el artículo 1080.

Ciertamente aquí, como en muchos casos análogos (enajenación ó pérdida de algunos bienes de los divididos, adquisición de otros, muerte de un hijo sin descendientes ó de un heredero, renuncia ó incapacidad de alguno de éstos, etc.), pueden seguirse dos criterios: ó sostener en lo posible la división, reduciendo ó aumentando proporcionalmente el haber de los herederos, ó suponiéndola un todo indivisible, anularla por entero cuando en alguna parte no pueda ser cumplida.

Este último criterio domina en la legislación de Francia é Italia; mas no puede afirmarse que haya de ser el seguido en

nuestra patria. Inútil es recurrir á la voluntad presunta del causante: fácil es decir que si hubiera previsto que faltaba algún heredero, ó que había alguno de más, ó que faltaban ciertos bienes, ó existían otros nuevos, hubiera realizado de otro modo la partición: fácil es también afirmar que en toda división hecha por el testador domina una idea que debe respetarse, hay algo esencial y algo secundario, sin que nunca deba suponerse que por falta ó sobra de una piedra en el edificio que construyó, fué la presunta voluntad del testador que todo el edificio viniese á tierra.

El criterio de nuestra ley es menos estrecho que el de las legislaciones aludidas.

Desde luego, en todos los casos en que quede un sobrante sin partir, ya por falta de un heredero en virtud de muerte, incapacidad, renuncia ó desheredación, ya por adquisición de nuevos bienes ó derechos, ya por cualquiera otra circunstancia debe respetarse la partición verificada, y dividir ese sobrante como si lo hubiese dejado indiviso el testador. Tal es la solución que para casos análogos establece nuestro Código en el art. 1079.

En caso de enajenación voluntaria de bienes determinados ya divididos, y en tanto que la legítima de los herederos forzosos no se perjudique, ni otra cosa en contrario declare el causante, deberá aplicarse el criterio del núm. 2.° del art. 869 y sostenerse la partición, prescindiendo de esos bienes que el mismo testador quitó por su voluntad al heredero á quien antes los dejó, sin expresar que fuese reintegrado.

En caso de permuta. en principio debe admitirse que al objeto entregado sustituye el recibido, si subsiste en la sucesión.

En caso de enajenación forzosa, habrá de ser indemnizado el heredero que se perjudicó.

Por último, cuando sobrevienen hijos preteridos, solamente en la partición, el caso es ciertamente dudoso, pero lo resolveríamos con el criterio del art. 1080.

De todos modos, recomendamos á los testadores que al realizar la partición, previendo todas las circunstancias ó contin-

gencias posibles, las resuelvan, pues ante todo se respetará siempre su voluntad.

Como jurisprudencia aplicable al art. 1056, además de la expuesta, debe tenerse presente la sentencia de 21 de Enero de 1907, que determina que hechas por mutuo acuerdo del padre y sus hijos la partición en un solo instrumento, no sólo de la herencia de la madre premuerta, sino también la del primero, por acto *intervivos* y con sujeción al criterio establecido por el mismo en su disposición testamentaria, y otorgado con posterioridad á este contrato particional, por el expresado padre un nuevo testamento revocatorio del anterior, es de derecho que la acción encaminada á resolver las particiones hechas contractualmente no deben prosperar: 1.º, porque si bien en las operaciones particionales y divisorias de una herencia deben llenarse todas las condiciones de forma y fondo necesarias para la determinación de los respectivos derechos, esto no obsta á que con ocasión de ellas pueden los interesados celebrar cuantos contratos, válidos en derecho, estimen convenientes para el mejor éxito y finalidad de aquéllas, sin que la circunstancia y ocasión de su celebración sea eficaz para desvirtuar en lo más mínimo la fuerza y validez de lo pactado, desnaturalizando su verdadero carácter; 2.º, porque convenidos el padre y los hijos, todos mayores de edad, en hacer la distribución ó división de los bienes de la herencia de su difunta madre y de los pertenecientes al primero, ó sea al padre, lo realizaron por escritura cediéndose mútuamente bienes y derechos, por lo que es indiscutible que teniendo todos capacidad para contratar, y siendo legal lo pactado, celebraron, no una simple aprobación de partición de herencia, sino un contrato válido, eficaz en derecho y de carácter irrevocable á no mediar el concurso de la voluntad de todos los contratantes, y 3.º, porque el testamento posteriormente otorgado, sólo podría tener eficacia para cuanto no afectase al contrato efectuado, dada la naturaleza de éste.

Segundo. Partición practicada por contador nombrado al efecto por el causante (art. 1057).—La partición practicada por el mis-

mo testador no es muy frecuente; en cambio la hecha por contadores nombrados al afecto por ese testador ofrece muchos casos de aplicación, razón por la cual ha ocupado bastante la atención de los Tribunales, y ocasionado multitud de sentencias y resoluciones.

Véanse las *ideas generales* expuestas en esta obra con relación á los albaceas, institución que ofrece pnntos de semejanza con la que hemos de examinar.

La partición practicada por un contador con arreglo al artículo 1057, presenta las mismas ventajas que la hecha por el testador, aunque no ofrezca tantas garantías de acierto y de respeto. En cambio, como se realiza después de muerto el causante, no pueden presentarse las dificultades, dudas y cuestiones que entraña el hecho de mediar en la practicada por el testador cierto período de tiempo entre el acto de la división y el fallecimiento.

El causante no practicó la partición; pero designa una persona que le merece confianza completa para que la lleve á efecto, apreciando debidamente sus condiciones de inteligencia, imparcialidad, cariño hacia él y ascendiente sobre los herederos.

A) *Forma de la designación de contador.*—La designación puede hacerla el testador por acto *entre vivos ó mortis causa*. Nadie dudará que con estas palabras la ley no alude á los efectos de ese acto, sino á su forma. El contador ó partidor de la herencia no puede cumplir su misión hasta después de muerto el causante, como lo prueba la naturaleza del acto que se le encomienda, y el artículo 1271. Antes de esta muerte, la misma designación del contador es revocable; por consiguiente, el acto sigue siempre las reglas propias de las sucesiones: sus efectos son los de los actos de última voluntad. Luego si el testador puede nombrar contador por acto entre vivos, esto sólo quiere decir que la designación no es preciso que conste hecha en testamento, sino que es válida y eficaz, aunque sólo intervengan las formalidades propias de los actos entre vivos.

¿Qué formalidades son éstas? Si el acto ha de producir efecto

con relación á terceros, ó á personas distintas del testador y del contador; si ha de ser revocable por la sola voluntad del otorgante y ha de quedar firme por su fallecimiento, ya que el consentimiento de la persona designada para partir no hace falta hasta el día en que ha de empezar á cumplir la misión que se le confió; si ha de asemejarse á un mandato ó poder, debe ser aplicable al núm. 5.º del art. 1280, y consignarse en un documento público. Una simple carta, un encargo verbal, aun probado, no debe tener eficacia bastante al efecto. Es lo cierto que el acto, aunque no comprendido de un modo taxativo en ninguno de los números del citado artículo, lo está evidentemente en su espíritu.

Por lo demás, la forma del testamento ológrafo es también desde luego suficiente, cuando se protoliza guardando los trámites legales.

B) Quiénes pueden ser contadores.—El art. 1057 dice que el testador puede nombrar contador á cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

El legislador ha creído que el contador ante todo debe estar libre de toda sospecha de parcialidad; por eso, no obstante la libertad casi omnímoda que en todo se concede al testador, y sea la que fuere la confianza que alguno de los herederos le merezca, no consiente que ninguno de éstos, siendo juez y parte en el asunto, realice la división.

El Código de Chile no contiene esta prohibición, y no deja de ser también fundado y hasta si se quiere más lógico su precepto. Si el testador puede favorecer con bienes y derechos á cualquier heredero, no perjudicando en su caso la legítima de los demás, ¿por qué no ha de poder favorecerle, si esto es un favor, con la facultad de hacer la partición bajo las bases fijadas ya en el testamento? Esto aparte de que, siguiéndose el criterio de nuestro Código y por sus mismos fundamentos, no sólo los coherederos, sino también otras personas, como veremos, debieran ser comprendidos en la prohibición. Esta prohibición alcanza en el artículo 1057 á toda clase de herederos testamentarios ó legíti-

mos, voluntarios ó forzosos. De ordinario, habiendo contador, hay testamento y herederos testamentarios; pero puede no ser así, y, aun siéndolo, pueden esos herederos dejar de serlo y proceder la sucesión legítima. En cuanto á los herederos forzosos, hay que incluir entre ellos al cónyuge viudo, aun cuando su cuota sea sólo usufructuaria; basta que sea heredero (art. 807) para estar comprendido en la prohibición, como declaran la Resolución de la Dirección general de los Registros de 12 de Noviembre de 1895 y la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1898.

Justo es confesar, sin embargo, que hay un caso en el cual el rigor de la ley resulta excesivo, á nuestro juicio, y convendría establecer una excepción, y este caso es aquel en que el viudo hubiera de practicar la partición entre sus hijos.

Que la ley no estimó que hubiese verdadera incompatibilidad en el cónyuge viudo para partir los bienes del premuerto, en el caso de existir descendientes comunes, lo prueba el artículo 831, en el que no sólo se le autoriza para dividir los bienes con arreglo á la voluntad ya expresada por el testador, sino aun más que eso, para distribuir esos bienes á su prudente arbitrio y para mejorar. En la simple partición á que se refiere el artículo 1057, las porciones ya están señaladas, las bases constan en el testamento; sólo falta darles vida, practicar el inventario, avalúo y liquidación, y haciendo cesar la proindivisión del caudal, adjudicar á cada interesado bienes determinados y separados de los demás. En la distribución y facultad de mejorar, de que habla el art. 831, hay, por lo menos, una cosa de más: la facultad de hacer mejoras, y aun puede sostenerse que la distribución comprende también algo más que la simple partición: la designación de porciones á los herederos legales.

No median las mismas razones para que al viudo ó viuda pueda encomendársele la partición de los bienes del difunto, en el caso de no existir descendientes, porque si cuando se trata de sus propios hijos no debe haber temores de que sufran perjuicio en sus intereses, por deber considerarse su cariño igual al

del difunto y suficiente garantía; cuando los coherederos son ascendientes ó colaterales, ó median hijos de otro matrimonio, esa garantía no sólo no existe, sino que, antes al contrario, su interés encontrado, y tal vez otros sentimientos antagónicos, pudieran hacer que la partición resultase injusta.

El heredero que renuncia, ¿puede ser contador? ¿La incapacidad nace del hecho de ser una persona instituída ó designada como heredero, ó del hecho de gozar como tal heredero aceptante de una partición en la herencia?

Puede alegarse que donde la ley no distingue no cabe distinguir; que el art. 1057 relaciona la incapacidad con el nombramiento por el testador, y que al designar éste como contador á uno de sus herederos contraviene el precepto legal y realiza un acto nulo, sin que, como es natural, esta nulidad especial influya en la validez de las demás disposiciones testamentarias. Fundándose en esto y en otros razonamientos de menos peso, ha podido sostener la Dirección de los Registros en su Resolución de 12 de Noviembre de 1895, que aunque el heredero designado contador renuncia la herencia, no puede desempeñar su cargo ó no es válida la partición por él realizada.

Querríamos ver, no obstante, menos estrechez de criterio ó una interpretación más benigna, á la que parece inclinarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de Junio de 1898, puesto que una de las razones que le mueven á decidir es la de que el viudo no había renunciado á su cuota. Por nuestra parte disentimos de la doctrina de la Dirección de los Registros.

El heredero que renuncia la herencia se entiende que nunca ha sido tal heredero; al dejar de serlo, por otra parte, cesa la razón que motiva la prohibición legal, y sólo queda la confianza que el testador depositó en él. ¿Por qué contrariar esta voluntad, que á nadie perjudica? ¿Por qué sostener la nulidad, fundada en ser el contador heredero cuando ya no lo es? Nosotros interpretamos la ley en otro sentido: la prohibición recae sobre el heredero que acepta, sobre el que llega á serlo en realidad, no sobre el que al renunciar se supone que no fué nunca tal he-

redero. Parécenos esta interpretación más conforme con el fundamento del precepto y con las palabras del artículo: «cualquiera persona que no sea uno de los *coherederos*», esto es, que no llegue á participar con otros de la herencia.

Veamos otros casos. El testador nombra por herederos á varios sobrinos, y designa como contador á un hermano. El nombramiento de éste es válido; pero si por falta de los herederos testamentarios se abre la sucesión legítima y son llamados á la herencia los hermanos, el contador ya no puede serlo, porque el artículo 1057 lo impide. Si la interpretación de la Dirección gegeneral de los Registros fuese cierta, si la relación se estableciese sólo con el testador ó causante, en este caso cabría dudar, porque ese testador nombró contador á una persona que con arreglo á su voluntad no debía ser heredero. Y no hay duda, el que es coheredero no puede ser contador nunca. Esto prueba que la incapacidad no nace precisamente de la designación, sino *del hecho de ser coheredero.*

Supongamos que ese hermano nombrado válidamente contador por el causante, y designado después heredero por la ley, renuncia la herencia. Su incapacidad desaparecería por completo. ¿Sería posible sostener que aun no podía ser contador, porque hubo un momento en que llegaron á reunirse los caracteres de heredero por ley y contador por testamento en una sola persona? No lo creemos. Pues en el fondo esta es la cuestión.

Fuera de los herederos, cualquiera persona puede ser contador. Puede, pues, serlo el albacea, un legatario, el defensor, etc. Según esto, los representantes legítimos de alguno de los herederos, el padre, el tutor, el marido de una heredera, etc., pueden ser contadores. No hay duda que estas personas pueden también ser tachadas de parcialidad, porque parece lógico que el padre tienda á favorecer á sus hijos y el marido á su mujer, y, por tanto, que el fundamento del precepto excluye también á esos representantes; pero no son coherederos, y con arreglo á la letra de la ley no tienen incapacidad. Aconsejamos, sin embargo, á esos representantes legítimos que renuncien el cargo

por motivos de delicadeza, dado el espíritu del art. 1057, porque no nos extrañaría que, fundado en él, se decidiese por algún centro ó tribunal que el representante y el representado deben estimarse una sola personalidad, y que si el segundo es incapaz, el primero debe serlo también.

Es claro que al hablar el artículo de cualquiera persona, lo hace suponiendo en ella capacidad de obrar: un menor ó un loco no podrían ejercer el cargo; pero tampoco evidentemente serán nombrados contadores por ningún testador. Tampoco es verosímil que éste nombre á un hijo desheredado, ó á una persona indigna de suceder, aunque no están comprendidos en la prohibición. Una mujer puede ser designada eficazmente como contadora. Si es la mujer de un hijo, siendo éste heredero, veremos nuevamente la letra de la ley en contradicción con el espíritu.

El sacerdote que auxilia al causante en su última enfermedad, y el notario que autoriza en los postreros momento su testamento, pueden ser contadores, lo mismo que cualquiera de sus parientes. Respecto al notario lo dan por supuesto la sentencia de 26 de Marzo de 1896 y la Resolución de 21 de Enero de 1898. Declara esta última que es válido el nombramiento de contador hecho á favor del notario que autoriza el testamento, por no hallarse tal designación prohibida en el Código civil, cuyo art. 743 determina que sólo serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias en los casos *expresamente* prevenidos en dicho Código, por lo que debiendo atenerse en primer término á dicho cuerpo legal para determinar los requisitos y efectos de los actos de última voluntad, carecen de aplicación al caso los artículos 27 y 28 de la ley del Notariado.

Podría dudarse si habiendo designado el causante como contador á uno de sus herederos, en testamento otorgado con anterioridad al Código civil, sería válida tal designación, sobre todo si el testador moría después de regir el Código y sin haber revocado su disposición. Es éste un problema de derecho *transitorio* cuyo examen más detenido debe tener lugar al comentar

las disposiciones 4.ª y 12 transitorias. Sin embargo, es oportuno consignar en este sitio que el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en sus sentencias de 9 y 21 de Abril de 1904, en las que se declaran válidas las particiones hechas por contadores ó albaceas nombrados en testamento anterior al Código civil, aun siendo dichos contadores herederos, y aun habiendo fallecido el testador después de la vigencia de dicho cuerpo legal, porque «con arreglo á las disposiciones transitorias 4.ª y 12, el testamento de que se trata es válido y eficaz, y surte todos sus efectos, sin más limitaciones que las que aquellas disposiciones establecen, y al ordenarse en la 12 que la herencia del fallecido después del Código, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al mismo, pero cumpliendo en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias, se refiere sólo al modo de hacer la partición en relación con la cuantía en que debe distribuirse la herencia, como lo demuestra con toda claridad el último párrafo de la citada disposición, así como la 2.ª

C) *Caracteres del cargo de contador.*—El cargo de contadores, como el de albacea, un cargo de confianza y tiene con éste bastantes puntos de contacto.

Puede ser nombrado un solo contador ó varios, mancomunada, sucesiva ó solidariamente, del mismo modo que los albaceas.

El cargo es *personalísimo*, *voluntario*, *temporal* y *retribuído*.

1.º *Personalísimo.*—El testador designa al contador, ó al menos así lo supone la ley, por la confianza que le merece, por su carácter ó ascendiente sobre los herederos, por su competencia para resolver las difíciles cuestiones que pueden presentarse, ó por otra razón especial. Así, pues, al escoger la persona del contador y fiarse en sus cualidades, es evidente que quiere que solamente él desempeñe el cargo. Sería anómalo consentir la delegación, porque entonces toda la previsión del testador resultaría ineficaz é inútil el nombramiento.

De aquí que acertadamente las Resoluciones de 12 de Noviembre de 1895 y 22 de Enero de 1898 declaren que el conta-

dor ha de desempeñar el cargo por sí mismo. Esto no obsta, como dijimos al comentar el art. 909, para que en ciertos casos ó trabajos especiales, como relaciones de bienes, avalúo por peritos, resolución de cuestiones jurídicas, etc., se valga de terceras personas, que sean competentes para el caso.

El testador puede, sin embargo, autorizar expresamente la delegación, como se deduce por analogía con lo preceptuado en el referido artículo.

Cuando haya contador ó contadores nombrados por el causante, y éstos no realicen la partición, pudiendo y debiendo hacerla, no será válida, por estar hecha contra lo expresamente ordenado por el testador y por persona incompetente. Aparte la citada Resolución de 12 de Noviembre de 1895, pueden examinarse algunos otros casos de jurisprudencia en el comentario de los arts. 901 al 903.

2.° *Voluntario*.—El contador acepta ó no acepta, según su voluntad. Mas como, si no acepta, la partición no resultará hecha por él y podría rechazarse, hay que acreditar el hecho de la no aceptación en forma legal, según las casos. A los efectos del Registro de la propiedad se exige un documento auténtico, que puede ser la misma escritura particional, que justifique que no se aceptó.

Aun aceptado el cargo, es después renunciable; mas en este caso estimamos necesaria una justa causa. Véase el comentario del art. 899.

3.° *Temporal*.—Siendo la única facultad del contador practicar la partición de la herencia, cesa en su cargo cuando esté terminada por completo.

¿En qué plazo habrá de realizarse ó terminarse la partición? No hay límite fijado por la ley. El testador puede marcar un término y prorrogarlo. En su defecto, puede servir de guía el artículo 904, en relación con las disposiciones del reglamento del impuesto de derechos reales: un año prorrogable por otro, como regla general. Mas ha de darse en todo caso al contador la amplitud necesaria para que desempeñe acertadamente su misión.

Los herederos, de común acuerdo, pueden ampliar el plazo, y pueden acudir á la autoridad judicial para que señale un término al contador moroso que en tiempo oportuno y suficiente no practicó la partición.

La Dirección de los Registros, en resolución de 13 de Noviembre de 1903, interpretando los artículos 1057 y 1058 con relación á la cuestión examinada, declara que aunque el artículo 1057 no fija plazo al contador para practicar la partición, deben aplicarse por analogía los preceptos relativos á los albaceas, por lo que si los comisarios dejan de cumplir su cometido dentro del año, caso de no habérsele prorrogado este plazo por el testador, ó por los interesados, debe considerarse válida la partición hecha después por los herederos mayores de edad.

4.° *Retribuído.*- Por último, el contador puede exigir retribución por su trabajo. Aparte de ser esto natural, lo autoriza expresamente, respecto al albacea contador, el art. 908.

La Resolución de 21 de Enero de 1898 declara que un notario puede ser contador y protocolizar después en su notaría la partición, cobrando por ambas operaciones, aunque tal acto sea poco delicado, y dando el caso por supuesto, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1896 dice también que el notario contador puede exigir retribución por ambos cargos con independencia. Lo mismo afirma el Tribunal de lo Contencioso-administrativo en sentencia de 15 de Junio de 1900.

Nombrados dos contadores, cada uno de ellos puede, con independencia del otro, reclamar sus honorarios á los herederos, y, aparte de dichos honorarios, lo suplido por él para la práctica de informaciones *ad perpetuam*, nombramiento de defensor judicial, aprobación y protocolización de la partición, pago del impuesto de derechos reales, etc. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1901.)

Contradice la doctrina que dejamos sentada, estableciendo que en general, el cargo de contador es, como el de albacea, gratuíto, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1905. De ella nos hemos ocupado, haciendo una breve crítica

de tal declaración, en el comentario del art. 908, tercera edición, por lo que, evitando repeticiones innecesarias, nos remitimos á lo expuesto en dicho lugar que es el más oportuno, por tratarse de la interpretación de dicho artículo.

Cesa el cargo de contador por muerte, imposibilidad, renuncia, llegar á ser coheredero y transcurso del tiempo que en su caso se le fijase.

Véanse los comentarios á los arts. 831 y 910.

D) Facultades de los contadores.—Aparte su carácter de albacea ú otro especial que pueda tener con sus atribuciones propias, al contador sólo se le confiere, como dice el art. 1057, *la simple facultad* de hacer la partición.

Si, pues, no ha sido designado por el testador para que administre la herencia, ni para que la represente, ni como albacea, ni con más carácter que el de contador, su misión queda reducida á practicar la partición de la herencia del causante entre sus herederos; pero esta misión constituye en él un derecho, que no se le puede, bajo pretexto alguno, arrebatar. Por esto la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 1897 declara que el art. 1057 no atribuye al contador la representación de la herencia, y la de 28 de Diciembre de 1896 afirma que, designado legalmente un contador por el causante, aunque se suscite juicio de testamentaría, no procede nombrar otro distinto en la forma que marca el art. 1070 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La simple facultad de hacer la partición, dice el art. 1057. Entiéndase bien. El contador reconstituye la masa hereditaria, le asigna su valor, deduce las deudas y cargas, agrega en su caso las donaciones, y, sabiendo el fondo común que ha de partir, y amoldándose para la fijación de cuotas á las bases establecidas en el testamento ó en la ley, asigna á cada heredero los bienes determinados que en pago de su haber le corresponda. Esto es todo.

El contador no puede atribuirse el derecho de designar ni alterar las cuotas de los herederos. El testador ó la ley designan los sucesores y marcan su participación, disponen ó trans-

miten los bienes; al contador sólo toca dividir, determinar los bienes que cada heredero debe recibir, previa la formación de inventario, avalúo y liquidación.

En muchos casos, para conocer el capital propio del difunto, que es el que ha de partirse, ha de preceder otra operación: la liquidación de la sociedad conyugal y división de bienes por muerte de un cónyuge. Esta partición especial constituye un acto distinto y previo á la partición de la herencia. El contador, por sí solo, no puede llevar á efecto esa liquidación y división que debe practicarse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge premuerto. A lo más podría concedérsele su intervención en representación del causante ó sus herederos para poder determinar, como acto previo y necesario, los bienes que entre dichos herederos debe después dividir.

La Resolución de 12 de Noviembre de 1895, varias veces citada, declara en efecto, como es lógico y racional, que la liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente determinación de las aportaciones de ambos cónyuges y de la parte de gananciales que á cada uno pertenece, son conceptos extraños y superiores á la simple facultad de hacer la partición de los bienes del testador, atribuída por la ley en el art. 1057 al comisario ó contador.

Esta doctrina ha tenido que repetirse por la misma Dirección en Resolución de 14 de Marzo de 1903, 26 de Febrero, 30 de Abril, 25 de Mayo y 5 de Octubre de 1906.

En la de 26 de Febrero, se añade, como es natural, que la renuncia hecha por el viudo en cuanto á su cuota legitimaria no altera los términos de la cuestión.

En la de 30 de Abril de 1906, se establece que la no intervención del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad conyugal, no se subsana con la aprobación judicial de la partición, que sólo tiene un carácter meramente ritual y formulario.

Las de 25 de Mayo y 5 de Octubre de dicho año, precisan aun más. Para que sea válida la partición hecha por el contador, es preciso que éste la practique exclusivamente por sí sólo,

y que se limite á la división del caudal *propio* del testador. Cuando además se realiza previamente la liquidación de la sociedad conyugal, como este acto es extraño á su misión, no sólo es indispensable la intervención del cónyuge viudo, sino que, además, si hay herederos menores de edad, éstos deben hallarse representados por un defensor, y la partición debe ser aprobada judicialmente.

En la práctica, suele prescindirse de este requisito, cuando interviene el viudo en la liquidación, y se halla conforme en la determinación de los bienes que no le corresponden, por estimarse que el comisario representa y defiende á su vez los intereses del testador. No cabe duda, sin embargo, que la doctrina sostenida en las últimas citadas Resoluciones, es perfectamente legal.

Si fuese precisa la venta de alguno de los objetos de la herencia, en el caso del art. 1062, esta enajenación no puede realizarla por sí el contador, y habrá de llevarse á efecto por los herederos con las formalidades propias de cada caso.

En cuanto á las adjudicaciones necesarias en ciertos casos, bien en pago ó para pago de deudas de la testamentaría, la cuestión es dudosa. Como el partidor sólo ha de dividir entre los herederos los bienes que queden después de pagar ó separar lo suficiente para el pago á los acreedores, en principio no vemos inconveniente en que determine cuáles han de ser esos bienes destinados á tal fin, y aunque realice la adjudicación como parte integrante de la partición ó como un accesorio de la misma. Ahora bien: este acto tiene algo de excepcional y ha de requerir formalidades especiales, tales como el consentimiento de los interesados, y en su caso, la aprobación judicial. La Dirección general de los Registros, en Resoluciones de 9 de Febrero de 1887 y 24 de Noviembre de 1898, tiene declarado que la adjudicación para pago de deudas en una partición, no debe estimarse acto de enajenación cuando se hace á uno de los herederos ó á todos ellos; pero sí cuando los bienes se adjudican á una persona distinta.

¿Con qué formalidades debe llevar á efecto la partición el contador? ¿Goza de la misma libertad que el testador? ¿Se exigirá la aprobación de los herederos? Si alguno de estos es menor de edad ó incapacitado, ¿habrán de intervenir sus representantes legítimos? ¿Será necesaria en algún caso la aprobación judicial ó la del consejo de familia? ¿Deberán ser citados al menos para el inventario los herederos, legatarios y acreedores?

La jurisprudencia se ha decidido por equiparar la partición hecha por los contadores á la hecha por el mismo testador, con la sola limitación que el art. 1057 establece. El contador, al realizar la partición, representa al testador, es el testador mismo. Sólo en el caso de que entre los coherederos haya alguno menor de edad ó sujeto á tutela, habrá de inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Las consecuencias de esta regla aparecen desarrolladas en las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 5 de Octubre de 1893, 21 y 22 de Enero de 1898, que debemos examinar.

La de 5 de Octubre de 1893, confirmada por la de 21 de Enero de 1898, declara innecesaria la aprobación judicial de las particiones de la herencia practicadas por un contador con arreglo al artículo 1057. Para ello se funda en que este artículo no declara de un modo expreso nada, por lo que se hace preciso analizarlo para fijar su inteligencia; en que la declaración contenida en el segundo párrafo, de que el precepto haya de observarse aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad ó sujeto á tutela, holgaría por completo si no hubiera tenido por objeto determinar que, en el caso de ser todos los interesados mayores de edad, podría el contador desempeñar su cometido por sí solo, sin intervención de nadie, y en el caso de haber menores, también podría verificar la partición, pero ya *con la única limitación* de tener que citar para la formación del inventario á los coherederos, acreedores y legatarios; en que no siendo este el objeto de la ley, no se explica su enunciación en el Código y al tratar de las particiones, pues es evidente que el testador puede de-

signar un contador que haga la división de sus bienes, aunque el art. 1057 no lo dijese; en que de no admitirse esta interpretación, no habría diferencia alguna entre la partición hecha por persona nombrada por el testador y la verificada por otra persona cualquiera, viniendo á resultar estéril la confianza que el testador depositara en la persona designada por él, si de todos modos había de someterla á la aprobación judicial, no siendo de suponer que el cuidado y el esmero del legislador en declarar que lo dispuesto en dicho artículo se cumpliera aun habiendo menores de edad interesados, no condujera á fin alguno; y, por último, en que este fin no puede ser otro que el de evitar á los menores los gastos y dilaciones consiguientes á la necesidad de obtener la autorización judicial exigida en todo caso por el artículo 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil.

En 12 de Noviembre de 1895 y 9 de Septiembre del mismo año, la Dirección de los Registros exige, aun habiendo contador nombrado en testamento, la aprobación judicial de las particiones; pero en casos especiales en que el art. 1057 no debía estimarse aplicable por falta de capacidad en el contador ó por no haberse practicado por éste mismo y con las formalidades legales.

Así, en la de 21 de Enero de 1898 se dice con razón que la doctrina sentada en 5 de Octubre de 1893 no ha sido modificada por ninguna otra Resolución del Centro directivo, pues si bien en las de 18 de Diciembre de 1893, 9 de Septiembre y 12 de Noviembre de 1895 se declaró que era necesario someter á la aprobación judicial la partición en que haya interesados menores, dichas Resoluciones fueron dictadas para casos en los que, según se consigna en las mismas, no se cumplieran las condiciones presupuestas en el art. 1057 del expresado Código; por lo que, la doctrina que en ellas se establece, no contradice ni modifica la establecida en 5 de Octubre de 1893, dictada precisamente para un caso en que se han cumplido todas las condiciones del citado artículo.

Hasta aquí sólo se trata de un punto dudoso, se declara in-

necesaria la aprobación judicial. La Resolución de 22 de Enero de 1898 va mucho más allá, y por su importancia vamos á trasladar íntegra su doctrina, que es la siguiente:

«El art. 10 6 del Código civil confiere al testador de un modo absoluto, sin distinguir el que tiene herederos forzosos del que no los tiene, la facultad de hacer entre vivos y por última voluntad la partición de sus bienes, y prescribe además *que se pasará por ella* en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Lo dispuesto en dicho artículo, respecto á la partición que haga el testador, es aplicable á la que, con arreglo al testamento, verifique la persona á quien, conforme al art. 1057, haya encomendado aquél esta facultad, ya que es principio general de derecho que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente, y se reputan *para todos los efectos jurídicos* como practicados por éste.

»Bajo este supuesto, tanto la partición hecha por el testador, como la realizada por persona en quien haya delegado sus facultades, es desde luego un acto válido, cuya validez estriba en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y *no en el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella*, salvo en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, y no altere la hecha por el comisario los derechos que se deriven del testamento, que es la ley primordial en la materia.

»Mientras dicho perjuicio no se justifique y declare judicialmente, ó lo que es lo mismo, mientras la partición no se rescinda por esta causa ó por otra, no puede menos de estimarse subsistente, sin necesidad de que los herederos forzosos la aprueben con su consentimiento, porque sobre que el Código civil no exige este requisito, ni les da ninguna intervención, cuando, como en el presente caso ocurre, son todos mayores de edad, carecería de sentido jurídico y holgaría además la frase de *se pasará por ella,* que emplea el art. 1056, si *à priori* y en todo caso hubiera de requerirse dicho consentimiento, y resultaría al fin ilusoria

aquella facultad, ya que entonces no serían el testador ó el comisario los que hicieran la partición, sino los propios herederos, que á tanto equivaldría en sustancia la previa manifestación de su conformidad.

»Si bien es verdad que en varias resoluciones, y principalmente en la de 16 de Noviembre de 1880, se consignó la doctrina de que, para que respecto á los herederos forzosos surtiera efecto la partición hecha por el testador, era necesario que todos ellos manifestasen su conformidad, hay que tener en cuenta que dichas resoluciones se dictaron con referencia á particiones practicadas con arreglo á la legislación anterior al Código civil, y son, por tanto, inaplicables al presente caso.

»Después de publicado este Código, y conforme á los preceptos del mismo, la Dirección estableció en resolución de 5 de Octubre de 1893 la doctrina de que, en el caso de ser todos los interesados mayores de edad, puede el contador desempeñar su cometido *por sí solo, sin intervención de nadie*, estableciendo al propio tiempo que dicho art. 1057, en relación con el 1056, autoriza á los testadores para encomendar la simple facultad de hacer la partición de sus bienes á cualquiera persona que no sea heredero, *debiendo pasar* por ella aunque existan interesados menores de edad, con sólo que en este caso el comisario inventaríe dichos bienes con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, cuya doctrina confirma expresamente la resolución de 12 de Noviembre de 1895; de donde se infiere que si en el caso de haber herederos menores de edad, debe pasarse por la partición *sólo* con que el comisario haga la referida citación, con mayor motivo debe pasarse por ella cuando todos los interesados sean mayores, sin necesidad de exigir *otro* requisito, cual sería el de la aprobación de los herederos.

»No obstante dicha facultad y la legalidad de los actos realizados en su ejercicio, el heredero que tema verse perjudicado en su legítima por no inspirarle confianza la persona del comisario, puede, para evitar el perjuicio, promover en cualquier tiempo, á tenor del art. 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil, el corres-

pondiente juicio de testamentaría, conforme á la doctrina del Tribunal Supremo, establecida en sentencias de 17 de Octubre de 1892 y 14 de Mayo de 1893, y si realmente cree haberlo sufrido, puede obtener, mediante la debida justificación, la rescisión de la participación en cuanto afecta á la legítima que le pertenezca; con los cuales medios quedan completamente á salvo los derechos sucesorios y legitimarios, y se respetan, en lo que no traspasen los límites de la ley, los actos realizados por el testador ó el comisario.

»Si bien es cierto que una vez inscrita la partición, el heredero que hubiese obtenido la rescisión de la misma quedaría expuesto á no poder hacer efectivo su derecho porque los otros herederos hubiesen enajenado las fincas que les fueron adjudicadas, y fuesen además insolventes, ya que la inscripción de herencia directa perjudica á tercero desde su fecha, es igualmente cierto que esto mismo acontece en toda clase de actos y contratos inscritos, cuando, como ocurre en el presente, no consta en el Registro la causa de la rescisión, sin que legalmente pueda evitarse semejante perjuicio, so pena de declarar que los contratos inscritos no pueden rescindirse legalmente, siquiera la rescisión no produzca efectos contra tercero que tenga á su vez inscrito su derecho, ó que debe denegarse la inscripción de los actos sujetos á ella mientras los interesados no renuncien á ejercitar las acciones rescisorias que les competan, lo cual, en uno ú otro supuesto, es absoluta y jurídicamente imposible.

»Si por todo lo expuesto se ve que la falta de aprobación por los herederos forzosos de la partición verificada por el testador ó por el comisario nombrado en el testamento, no es defecto que impida la inscripción de aquéllos, tampoco lo es la falta de aceptación de la herencia, porque este hecho, según ha declarado este Centro en resoluciones de 7 de Enero de 1875, 25 de Agosto de 1879 y 5 de Octubre de 1880, constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio, cuyo cumplimiento se retrotrae á la fecha en que se verificó la transmisión, y con arreglo á los principios fundamentales sobre inscrip-

ción y á lo dispuesto en el art. 16 de la ley Hipotecaria, son inscribibles los títulos traslativos de dominio sujetos á condiciones suspensivas.

»Según los arts. 76 y 91 del reglamento del Notariado, corresponde á los Notarios la protocolización de toda clase de actos y contratos prevenidos por las leyes, así como extender y autorizar actas á instancia de parte, en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien y les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

»La partición hecha por el contador, en virtud de las facultades que le confirió el testador, no es materia de contrato, porque, conforme queda establecido, no se requiere para su validez el consentimiento de los interesados, sino que es simplemente un acto prevenido por las leyes y ejecutado por aquél, como complementario del testamento, para partir y adjudicar á cada heredero la porción indivisa que habría de corresponderle, y en tal concepto, dicha partición *puede* y *debe* protocolarse por medio de acta, según lo dispuesto en el expresado art. 91 de dicho reglamento.»

Declara, en suma, esta resolución, que las particiones de herencia practicadas por contador nombrado al efecto por el causante, pueden y deben protocolizarse por medio de acta notarial á instancia del mismo contador, sin que conste la aceptación de la herencia por los herederos, ni la conformidad de éstos para la partición, aun cuando sean legitimarios. La base para tan atrevida declaración está en que los actos ejecutados por el comisario tienen la misma fuerza que los hechos por el mismo comitente, y se reputan, para todos los efectos jurídicos, como practicados por éste. Sólo una consecuencia de esta base es la aplicación al art. 1057 de la frase *se pasará por ella*, consignada en el 1056, y las demás consideraciones expuestas con lógica y acierto por la Dirección.

Estamos, sin embargo, conformes con la solución dada al problema, y alabamos el pensamiento que guía al Centro directivo.

La exigencia de la *escritura* de aprobación de la partición por los herederos aumentando innecesariamente los gastos, y la resistencia pasiva y continuada de los interesados á prestar su conformidad por perjuicios insignificantes y muchas veces caprichosos é imaginarios, constituían un obstáculo de relativa importancia para la formalización de testamentarías, y una traba para la circulación de la riqueza inmueble, cuya titulación se encontraba bruscamente interrumpida sólo por la pasión ó el capricho de un heredero ó por desavenencias de los interesados. De aquí, muchos é innecesarios juicios de testamentaría, remedio casi peor que el mal que les daba origen, y muchas informaciones posesorias con relación á participaciones á veces indivisas de los bienes de la herencia, con perjuicio para los propietarios, para la Hacienda y para la propiedad.

Previendo sin duda esas pasiones, caprichos y desavenencias entre sus herederos, aun entre sus propios hijos, temiéndolos, y queriéndolos evitar, el testador escoge una persona de su confianza y le encomienda la partición. Previendo, temiendo y queriendo lo mismo, el legislador confiere la facultad, y redacta el art. 1057 en los términos absolutos en que se encuentra, sin establecer limitaciones. Todo inútil: edificio sin base, idea sin fin práctico alguno, si en suma fuese necesario que después los herederos prestasen su conformidad. Sobraría para este resultado el contador y sobraría dicho artículo.

Puede discutirse en el terreno legal si la partición practicada por el contador es materia propia de un acta notarial, y si encaja ó no en el marco trazado en el art. 91 del reglamento del Notariado. Pero la solución ha de aceptarse como justa, como razonable, conveniente á los intereses del público, y proporcionada á la naturaleza del acto.

Completando la declaración hecha en la citada Resolución de 22 de Enero de 1898, se ha dictado la Real orden de 10 de Diciembre de 1904, que preceptúa que la simple entrega al Notario, de particiones hechas por contador nombrado en testamento debe solemnizarse por acta, y protocolizarse el cuaderno parti-

cional del propio modo que los expedientes judiciales, cobrando también los mismos derechos.

Huyamos, sin embargo, de afirmar que la partición hecha por el comisario tiene la misma fuerza que la hecha por el comitente, y que, *para todos los efectos jurídicos*, ha de reputarse como practicada por el testador mismo. No tanto; la ley contradice esta afirmación y la contradice racionalmente, porque el contador sólo puede partir, dividir, bajo bases preestablecidas, y el testador, á más de eso, dispone, sin más limitación que la de respetar las legítimas.

De aquí las consecuencias siguientes, que establecen una valla entre una y otra partición:

a) La intervención del contador no priva á los herederos de su facultad de promover el juicio voluntario de testamentaría. Si además prohibió el testador la intervención judicial, esta prohibición sólo obliga á los herederos voluntarios, nunca á los herederos forzosos. Sólo en el caso de que la partición se haya practicado por el testador mismo, los herederos forzosos carecerán de ese recurso, quedándoles únicamente el de impugnar la división por lesión en su legítima y pedir el complemento de la misma.

Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1892, 17 de Octubre de 1893, 14 de Mayo de 1895 y 27 de Noviembre de 1896.

Limitando también las facultades del comisario, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1905, que, promovido juicio de testamentaría por uno de los herederos forzosos, no puede el contador pedir la suspensión del procedimiento, é intervenir él solamente en la práctica de las operaciones particionales, por lo que la denegación de esa pretensión no envuelve el desconocimiento de las facultades propias del contador, y sólo significa el aplazamiento de su intervención para el lugar y caso que proceda.

b) La intervención del contador no impide tampoco el que los coherederos queden recíprocamente obligados á la evicción y

saneamiento de los bienes adjudicados. El art. 1070 sólo exceptúa las particiones hechas por el testador mismo.

c) La intervención del contador no es obstáculo para que los interesados puedan pedir la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. En general, establece este recurso el art. 1074, mas el 1075 excluye con razón las particiones practicadas por el causante, porque sólo está obligado á respetar las legítimas.

Libre es, por tanto, el contador para adjudicar á cada heredero los bienes que crea han de serle más útiles, atendiendo sus aptitudes, sus necesidades y sus deseos, y respetando siempre las instrucciones que, en cualquier forma, hubiese recibido del causante ó testador. Debe, es cierto, á falta de dichas instrucciones, ó cuando no pueda armonizar las necesidades y aspiraciones de los herederos, evitando disensiones, aplicar los artículos 1061 y 1062, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie; mas goza en la designación de cierta relativa libertad que el poder del testador le comunica.

d) De lo expuesto resulta que el contador nunca es tan libre como el testador mismo; que los artículos 1061 y 1062 le son aplicables, y que no puede hacer uso de la facultad contenida en el segundo párrafo del art. 1056, á no autorizarle para ello el causante. No puede nunca extralimitarse adjudicando bienes por cuotas mayores que las asignadas por la ley ó por el testamento. Cuando la partición aparentemente se ajuste á las bases de ese testamento ó de la ley, pero algún heredero resulte perjudicado por no valer los bienes que se le adjudicaron la cantidad en que fueron apreciados, el art. 1074 será aplicable, como lo será el 1069 cuando se vea privado de algún objeto, ó éste, por vicios, defectos ó gravámenes ocultos, desmerezca de su valor.

La resolución de la Dirección de los Registros de 10 de Enero de 1903, declara, en armonía con lo expuesto, que el contador debe respetar al partir lo preceptuado en el art. 1061, sin

que procedan suplementos á metálico más que cuando no puedan evitarse, como ocurre en el caso del art. 1062 ó 402, por lo que, cuando sin necesidad se adjudican todos los bienes de la herencia á un heredero con la obligación de abonar á los demás su parte en metálico, el contador se extralimita en sus facultades, y es necesario que los herederos aprueben la partición.

No está en lo cierto, por tanto, en nuestra opinión, la Dirección general de los Registros en su resolución de 21 de Enero de 1898, cuando afirma en uno de sus considerandos que, si los herederos forzosos son perjudicados en su legítima, ellos reclamarán pidiendo la rescisión, y señalando al parecer sólo este recurso y el juicio voluntario de testamentaría á dichos herederos cuando el contador hace la partición ó se le ha encomendado. Aunque la legítima no se perjudique, la rescisión procede cuando hay lesión en más de la cuarta parte de la cuota fijada por la ley ó por el testador. Otra cosa sería dar á la partición hecha por el contador, no ya la misma fuerza que á la practicada por el causante, sino anular la personalidad y los derechos de éste, para transmitirlos al contador, con ofensa del art. 670, y del mismo 1057, que no consiente á los contadores acto alguno de disposición, ni designación; sino sólo la *simple facultad* de practicar la división de la herencia.

Por esto el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de Noviembre de 1899, declara, que aun designado el contador con la imposición á herederos voluntarios, de estar y pasar por la partición que realice, prohibiendo la intervención judicial, no puede dicho contador extralimitarse en sus facultades hasta el punto de contrariar la voluntad del testador expresada en su testamento, por lo que en este caso cabe que los herederos impugnen las operaciones particionales practicadas, y que sean declaradas nulas.

Para aplicar, pues, el art. 1057 con toda la amplitud ó alcance que las resoluciones de la Dirección le conceden, es preciso:

1.º Que la partición se practique por el mismo contador, á quien el testador la hubiere encomendado.

2.° Que el contador tenga capacidad para el ejercicio ó desempeño del cargo.

3.° Que si hay herederos menores ó sujetos á tutela, el contador formalice el inventario con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

Esta citación no es necesaria, según la ley, cuando se trata de dividir entre herederos mayores de edad. En tal caso, ellos mismos, sin necesidad de citación, podrán cerciorarse de si el inventario es fiel y exacto, y en su caso, reclamar contra las inclusiones ó exclusiones indebidas. Véase el art. 1079. En cuanto á los acreedores y legatarios; tan dignos de respeto en este caso como en el de ser los herederos menores ó estar sujetos á tutela, véanse los arts. 1082 y 1083.

La asistencia á la formación del inventario de los coherederos ó sus representantes legítimos, los legatarios y los acreedores en su caso, no es necesaria; basta su citación al efecto, enterándoles del lugar y día en que debe ser empezado. Siendo dicha citación un requisito necesario, el contador ha de hacerlo constar en la partición, y como su sola afirmación no debe bastar como prueba, en caso de ser contradicha, se hace preciso llenar ese requisito por medio de acta notarial, diligencias judiciales ó intervención de testigos. Si la partición de la herencia se protocoliza y ha de inscribirse, esa necesaria circunstancia debe constar en forma que merezca fe. Sin embargo, dada la doctrina que viene admitiendo la Dirección general de los Registros, tenemos por cierto que la partición en que se hallan interesados *como herederos* personas menores de edad ó sujetas á tutela, no será inscribible, si no consta en modo alguno que se haya realizado la citación á coherederos, acreedores y legatarios; pero debe inscribirse cuando se afirme haberse hecho esa citación, aunque no resulte probada en debida forma, pues sólo á los interesados, y no al Registrador corresponde en su caso impugnar la partición por ese defecto. De otro modo, la nulidad no es esencial y patente, el acto sólo es de posible anulación, por lo que es inscribible.

Sin embargo, no puede sostenerse que se halla extendida, con arreglo á las prescripciones legales, la escritura en que no consta haberse citado para la formación del inventario, á los herederos, legatarios y acreedores, cuando hay interesados menores de edad, y así lo declara la Dirección general de los Registros en Resolución de 23 de Abril de 1900.

La de 5 de Octubre del mismo año afirma que aun practicada la partición sin ese requisito, será inscribible, si los interesados la aprueban por sí ó por medio de sus representantes legítimos.

El deber el comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios, es medida de precaución, tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas; por lo cual, si ellas afirman que el inventario se ha practicado en esa forma, ha de otorgarse á su dicho entera fe y estimar cumplido en cuanto á dicho extremo el art. 1057. (Resolución de 13 de Abril de 1892).

Advertiremos, por último, que aun cuando la partición hecha por contadores, en el caso y con las formalidades del art. 1057, no necesita la aprobación judicial, ni el consentimiento de los herederos, esto debe entenderse en el caso de que sólo se trate de dividir los bienes del causante entre esos herederos, pues si en la misma partición se comprendiesen actos que envuelvan enajenación, como adjudicaciones á terceros en pago ó para pago de deudas, cancelación de hipotecas, etc., será preciso que los herederos consientan, ó que la partición se someta á la aprobación judicial, según los casos.

Además de la copiosa é importante jurisprudencia que queda expuesta en el comentario del art. 1057, desde la segunda edición de esta obra hasta la fecha de la tercera, se han hecho las siguientes declaraciones relativas al mismo.

Según la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo de 14 de Noviembre de 1904, aun siendo el albacea ó contador, protutor de uno de los herederos, puede proceder á la práctica de las operaciones particionales sin autorización del consejo de

familia, pues á dicho efecto sus facultades arrancan de la voluntad del testador, y son por completo independientes á las de dicho consejo.

La Dirección de los Registros, en Resolución de 4 de Diciembre de 1905, con vista del art. 1057, en relación con el 1056 y el 1081, declara que los contadores pueden practicar la partición, cumpliendo la voluntad del testador, susceptible de varias interpretaciones, en la forma que crean más legal y procedente, y con mayor motivo si todos los herederos prestan su conformidad. Si en virtud de la interpretación aceptada se da intervención y participación en la herencia á determinadas personas considerándolas como herederos, por estimar que esa fué la voluntad del causante, el acto no puede calificarse de nulo como incluído en el art. 1081, que no puede en tal caso estimarse aplicable.

La Resolución de 7 de Abril de 1906, dictada con vista de los arts. 813, 817 al 822, 858, 882, 885, 906, 1025, 1027, 1056 y 1057, aunque principalmente se relaciona con los 813 y 885, declara en lo que interesa al 1057, que las facultades de los contadores no alcanzan á hacer entrega de legados á los legatarios, antes de proceder á la partición en que se hallan interesados herederos forzosos, pues los legados han de caber en la parte libre y no pueden perjudicar las legítimas, doctrina aplicable aun en el caso de tratarse de legados de cosa determinada, y de haberse ordenado expresamente la entrega del legado por el testador, pues la entrega supone una adjudicación sólo procedente después de practicada la liquidación de la herencia y saberse en su consecuencia que no procede anulación ni reducción, á menos de que los herederos intervengan y presten su conformidad á esa adjudicación.

Con posterioridad á la publicación de la tercera edición de este volumen, se han publicado las interesantísimas resoluciones que relacionamos á continuación, y que completan la cabal inteligencia de los importantísimos preceptos contenidos en el artículo 1057 de nuestro Código.

La Resolución de la Dirección general de los Registros de 11 de Septiembre de 1907, corroborando la doctrina de las de 22 de Enero de 1898 y 18 de Mayo de 1900, afirma que la partición efectuada por comisario nombrado por el testador es un acto válido, cuya validez *se funda en las disposiciones legales* que lo autorizan y no en el *consentimiento de los interesados*, los cuales *forzosamente* han de pasar por ella, mientras no se justifique y declare gradualmente que en la misma se ha faltado á la ley ó á la voluntad del testador; esto es, mientras no se acuerde por los Tribunales su rescisión. Asimismo, añade la precitada resolución, refiriéndose al caso concreto del recurso gubernativo, la liquidación y división de la sociedad de gananciales, cuando el causante es casado, como operación previa é indispensable para determinar el verdadero caudal partible del mismo, es una de las que debe practicar el comisario contador para cumplir su cometido, aunque con la intervención del cónyuge sobreviviente, por tratarse de derechos y obligaciones recíprocas que no puede una sola de las partes fijar por sí misma.

Con relación al segundo párrafo del art. 1057, la Resolución de 7 de Enero del mismo año 1907, dispone que tratándose de una escritura particional otorgada por el contador testamentario y por los herederos mayores de edad, y uno de ellos emancipado voluntariamente por su padre, no se requiere en tal caso la formalización de inventario de los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, porque dicho precepto es aplicable únicamente al caso de haber menores de edad, y porque el efecto de la emancipación voluntaria es el de habilitar al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, salvo los actos y contratos que se determinan en el artículo 317, entre los cuales no se encuentra el de partición de herencia.

Siguiendo en la enumeración de la jurisprudencia hipotecaria, la Resolución de 27 de Enero de 1908, inspirada y corroborando las anteriormente citadas de 5 de Octubre de 1893, 22 de Enero de 1898, 18 de Mayo de 1900, 14 de Marzo de 1903, 26 de

Febrero de 1906 y la relacionada de 11 de Septiembre de 1907, reitera que, nombrado por el testador un albacea contador partidor de su herencia, con facultades para practicar la liquidación, división y adjudicación de la misma, en uso del derecho que conceden los arts. 901 y 1057 del Código civil, y teniendo por objeto dicha liquidación la determinación del caudal posible, sobre la base de lo que á él debe aumentarse ó disminuirse por virtud de las deudas, aportaciones matrimoniales, colaciones gananciales, etc., ha podido practicar dicho albacea contador, en cumplimiento de las facultades conferidas por el nombrado causante, la liquidación y división de los expresados bienes gananciales, aunque con la intervención y acuerdo del cónyuge sobreviviente, por tratarse de derechos y obligaciones recíprocas, y con arreglo á lo declarado por la constante doctrina de la Dirección de los Registros. Por lo tanto, existiendo la aprobación del cónyuge sobreviviente á la liquidación de la sociedad legal de gananciales hecha por el contador en la escritura origen del recurso, se halla completa la representación de ambas partes interesadas en dicho acto, sin que sea, además, necesaria, la intervención de los herederos, toda vez que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades, tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicadas por éste.

La Resolución de 26 de Agosto de 1908 considera como falta subsanable que impide la inscripción del documento, la omisión de los requisitos de capacidad de los herederos, toda vez que es necesario conocer la circunstancia de si éstos son mayores ó menores de edad, puesto que en el caso de ser menores deben inventariarse los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, en la forma prevista en el artículo 1057 del Código civil.

Ultimamente, y como coronamiento de toda la jurisprudencia de carácter hipotecario, anteriormente expuesta, la Resolución de 26 de Agosto de 1909, dispone que, según la doctrina especialmente consignada por la Dirección general, á par-

tir de la Resolución de 5 de Octubre de 1893, y en virtud del precepto del art. 1057 del Código civil, según el cual no es preciso someter á la aprobación judicial las particiones de bienes hereditarios en que hay interesados menores de edad, cuando éstas se han verificado por un contador nombrado por el testador, conforme al citado artículo, puesto que por tratarse de materia especialmente regulada por el Código civil, ha quedado sin vigor, en lo que respecta á este caso, el precepto del artículo 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, debiéndose de tener presente que, si bien en los casos que dieron lugar á las Resoluciones de 9 de Septiembre y 12 de Noviembre de 1895 y 25 de Mayo de 1906, se exigió dicho requisito, hay que tener en cuenta que no se trataba en ellos de particiones hechas exclusivamente por comisario nombrado por el testador, sino por los mismos interesados, por lo que la doctrina propuesta en estas Resoluciones no contradice la anteriormente expresada, como así hubo de declararse en la Resolución de 21 de Enero de 1908.

Aun cuando la doctrina anteriormente expuesta es la bastante para poder apreciar las diversas modalidades que se pueden presentar en la aplicación del art. 1057 del Código civil, merecen tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 1910 en la que se asienta que la partición realizada por los contadores en uso de las facultades conferidas por el testador, debe ser acatada por los herederos, mientras no se perjudique su legítima, y ese perjuicio no se justifique y declare en juicio, pues si la no intervención de aquéllos en las operaciones particionales del caudal relicto, fuere motivo suficiente para anularlas, revelaría esto que la partición se practicaba por los propios interesados en ella, no por las personas á quienes la testadora había conferido sus facultades. A esta doctrina no se opone el art. 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil, que si bien permite á los herederos forzosos promover el juicio de testamentaria, dentro del cual los interesados pueden, conforme á lo dispuesto en el art. 1070, designar contadores; disposiciones ambas que están subordinadas en su caso á la voluntad del testador.

Tercera. Partición practicada por los herederos (artículos 1058 y 1060).—Como se deduce del art. 1058, la partición no pueden practicarla los herederos por sí mismos cuando resulte hecha por el mismo testador, ó cuando éste haya designado para que la practiquen uno ó varios contadores.

En la partición hecha por los herederos, la ley distingue dos casos: 1.º Que todos sean mayores de edad y tengan la libre *administración* de sus bienes; y 2.º Que alguno de ellos, al menos, sea menor ó no tenga esa libre administración.

A) Partición hecha por los herederos mayores de edad.—La partición de la herencia la considera el art. 1058 como acto de administración; no exige la libre disposición de bienes, porque considera que sólo se trata de cambiar el derecho indiviso que á los herederos corresponde sobre la cosa común, en un derecho especial sobre cosas determinadas de la herencia; sustituir una cuota abstracta por una participación concreta sin ceder en realidad nada, puesto que en una ó en otra forma conservan lo mismo que adquirieron. Véase lo expuesto sobre este particular en las *ideas generales*. No se trata aquí de pedir judicialmente, con arreglo al art. 1052, la partición de la herencia, sino de realizarla ó practicarla amigablemente.

Pero el art. 1058 exige en su caso la mayor edad. El menor emancipado ó habilitado de mayor edad, ¿está comprendido en el precepto? Preséntase la cuestión dudosa, pues si por una parte el art. 1058 habla de libre administración y no de libre disposición, por otra habla de mayores de edad, y los emancipados y habilitados, aunque por favor de la ley se les considere mayores para muchos actos, en realidad no lo son. Por esto, aunque la partición de bienes no es acto de los exceptuados en el artículo 317, juzgamos que no gozan por sí solos de la facultad concedida en el 1058, y que su personalidad debe completarse con la intervención de su padre, su madre ó un tutor. Tratándose de mujer casada, menor de edad, puede estimarse suficiente la licencia marital, ya que el art. 1387 sólo exige este requisito, aun para la enajenación de bienes parafernales, y así viene

admitiéndolo la Dirección de los Registros, como veremos en su lugar.

Ocúpase dicha Dirección de particiones en que se hallaba interesado un menor emancipado, en Resolución de 4 de Noviembre de 1896; pero se refiere á un caso en que prestó su consentimiento la madre, con arreglo al art. 317, por lo que no resuelve de frente la cuestión, por más que su criterio parece favorable á la validez del acto realizado por el menor sin intervención de nadie. Declárase, sin embargo, que, aun teniendo la madre interés en la partición, puede dar su consentimiento al hijo emancipado, porque el art. 317 exige sólo ese requisito, sin limitarle á casos especiales, y porque el art. 165 no es aplicable, por concretarse de un modo expreso á los hijos no emancipados.

Si todos los herederos son mayores de edad y tienen la libre administración de sus bienes, pueden distribuirse la herencia de la manera que tengan por conveniente. Con estas palabras se concede á esos herederos absoluta libertad. Fijan á cada uno de los objetos de la herencia, obrando de acuerdo, el valor en que ellos mismos los aprecien, ó el que determinen peritos, si así lo creen mejor, y teniendo en cuenta lo que cada cual debe por cualquier concepto á la masa hereditaria, ó lo que se le debe, adjudican del modo y en la forma que quieran los bienes.

Esta doctrina generalmente sentada por la Dirección de los Registros, y muy especialmente por las Resoluciones de 27 de Marzo de 1902 y 29 de Mayo de 1905, la corrobora la de 10 de Diciembre de 1910 al establecer que no hay necesidad de una inscripción intermedia para que se inscriban los bienes propios de la sociedad conyugal á favor de sus causahabientes, en el caso en el que se adjudique á uno de los interesados una finca gravada con renta vitalicia y al otro este mismo gravamen con todos los requisitos exigibles para que se practiquen en el Registro las respectivas inscripciones.

Los herederos mayores de edad, declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 5 de Junio de 1906, pueden apreciar y marcar válidamente en la partición la procedencia de los

bienes, haciendo desde luego fe sus manifestaciones conformes, de haberse adquirido tal finca ú objeto con dinero de la exclusiva pertenencia de uno ú otro cónyuge.

Conformes los herederos en tomar cada cual determinados objetos, respecto á los demás en que esa conformidad no exista pueden formar lotes y sortearlos. No es dudoso que los herederos pueden hacer uso, de común acuerdo, de la facultad que al testador concede la última parte del art. 1056.

En último término, antes que acudir á la autoridad judicial, si los herederos no se convienen sobre lo que cada cual ha de recibir, deben aplicar voluntariamente los arts. 1061 y 1062, nombrar amigables componedores, sortear lotes, etc., agotando los medios extrajudiciales.

También pueden los herederos, en el caso del art. 1058, designar uno ó varios contadores que practiquen la particion, poniéndose al efecto de acuerdo. En la elección para este cargo gozan de completa libertad, pudiendo ser contador uno de los herederos. Si los demas lo aceptan, ¿en qué podría fundarse la ley para prohibirlo?

Estos contadores no gozan de los privilegios concedidos en el art. 1057 á los designados por el testador. Hecha la partición, es preciso que los interesados presten su conformidad.

¿La partición ha de hacerse siempre por escrito? Estamos conformes con la opinión de Navarro Amandi en esta cuestión. La partición realizada por los herederos es un contrato. No exigiendo el Código en ninguno de sus artículos que haya de consignarse en documento alguno, es evidente que á los efectos de las relaciones entre las partes contratantes es válida y eficaz la partición, aun realizada verbalmente. En su caso será necesario probar el hecho de la conformidad, y como esto se presta á dificultades y cuestiones innecesarias, aconsejamos que siempre se haga constar por escrito. Esta es también la costumbre admitida. Cuando haya de inscribirse la partición en el Registro de la propiedad, es indispensable el otorgamiento de escritura pública.

Pero, en general, lo esencial es el acuerdo ó conformidad de los interesados y la prueba de esta conformidad, caso necesario. La sentencia de 25 de Octubre de 1898, que examinaremos al comentar el art. 1259, declara que sólo puede considerarse eficaz el contrato sobre partición de bienes hereditarios cuando los interesados prestan su conformidad y se obligan á estar y pasar por aquélla, requiriéndose, por tanto, para que esta estipulación exista, el concurso *simultáneo* de la voluntad y consentimiento de los contratantes en todas las operaciones que parcialmente y en conjuto constituyen la esencia y son motivo de ese especial contrato. El heredero que ha consentido antes que otros, puede revocar su consentimiento siempre que lo haga antes de prestar alguno su conformidad; pues el acto, mientras no reuna la aquiescencia de todos, no obliga á nadie ni puede estimarse perfecto y eficaz.

El consentimiento de todos los herederos, es siempre indispensable, cuando ni realiza por sí mismo la partición el testador, ni designa un contador que la practique, y así lo establece la Resolución de la Dirección general de los Registros de 14 de Marzo de 1901, añadiendo la de 24 de Diciembre de 1900, que la falta de consentimiento de un heredero, no puede suplirse por la aprobación judicial de la partición.

Esta importante resolución que viene á romper una práctica en nuestro concepto abusiva, se funda, en que, con arreglo á los arts. 1058 y 1059 del Código, cuando el testador no hubiera hecho la partición, ni encomendado á otro esta facultad, deben distribuirse la herencia de común acuerdo los herederos, y si no se entendieren sobre el modo de practicarla, han de acudir á los Tribunales en la forma marcada en la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea, siguiéndose los trámites propios del juicio voluntario de testamentaría; que al faltar el consentimiento de alguno de los herederos, la partición es nula, no existe legalmente; y este vicio no puede salvarse por la aprobación judicial, «porque atendido el carácter formulario de esta resolución, derivado del mismo precepto del legislador, que la impone al juez como ineludi-

ble, cualquiera que sean los defectos internos ó externos de que adolezcan tales operaciones, es evidente que tal resolución no puede equipararse á las de las providencias y sentencias que dictan los jueces y tribunales, previo el examen de los hechos y de su apreciación con arreglo á las leyes, verificado aquél y éstos bajo su responsabilidad, y sólo produce el efecto de dar carácter de documentos públicos á los actos sobre que recae, conforme á la doctrina deducida de la propia ley de Enjuiciamiento.

Aunque abusiva la práctica condenada en esta Resolución, evitaba la persistencia de algún heredero, con buena ó mala fe, en estorbar la formalización y aprobación de particiones, brindándole un medio de expresar los motivos de su conducta, oponiéndose si para ello existía algún fundamento. Por esto, sería conveniente la aplicación al caso de los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil relativos á la aprobación judicial, modificándolos en la parte necesaria, evitando así gastos y dilaciones inútiles.

Al comentar el art. 1057, hemos hecho mención de la Resolución de la Dirección de los Registros de 13 de Noviembre de 1903, por la que se declara que, aun habiendo contador, si éste no cumple su cometido dentro del plazo de un año, ó de la prórroga en su caso, es válida la partición hecha después, prescindiendo de dicho contador, por los herederos capaces y mayores de edad.

Por lo que afecta á los requisitos de los documentos sujetos á inscripción, la Resolución de la Dirección de los Registros de 6 de Junio de 1911, en uno de sus considerandos expresa que tratándose de transmisiones hereditarias, aun cuando el título primordial de adquisición es el testamento ó auto judicial de declaración de herederos, como estos documentos no son bastantes para la inscripción, si existe más de un heredero y no se adjudica proindiviso la herencia, ó no consta hecha la división por el testador, pues en casos tales se requiere como título ó documento complementario, la escritura particional, en la que el Co-

misario ó herederos distribuyan el caudal relicto, puede afirmarse que en realidad, este último documento es el que individualiza ó especifica las adjudicaciones que á cada partícipe correspondan, por consecuencia de lo establecido en dicho título sucesorio y lo dispuesto en los arts. 1057 y 1058 del Codigo civil.

B) Partición en que haya herederos menores ó que no tengan la libre administración de sus bienes.—Si todos ó alguno de los herederos son menores de edad ó no tienen la libre administración de sus bienes, no expresa el art. 1058 ni ningún otro lo que ha de hacerse, si bien puede deducirse.

En primer lugar, y desde luego bajo la base de no haber contador nombrado al efecto por el causante, es lógico que en nombre de esos herederos hayan de intervenir sus representantes legítimos.

Además, se desprende del art. 1058 que ya no pueden distribuirse los bienes de la herencia de la manera que esos representantes tengan por conveniente, imponiéndose la aplicación de los arts. 1061 y 1062.

Por último, el art. 269 del Código, en su núm. 7.º, exige aurización del consejo de familia para proceder á la división de la herencia ó de otra cosa que el menor ó incapacitado poseyese en común; y el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil establece que «las liquidaciones y particiones de herencia hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deben presentarse á la aprobación judicial siempre que tenga interés en ellas, como heredero ó legatario de parte alícuota, algún menor, incapacitado ó ausente cuyo paradero se ignore.»

Este artículo de la ley de Enjuiciamiento se halla modificado en el Código por los arts. 1057 y 1060 y por la creación del consejo de familia, según pasamos á exponer.

La excepción introducida en el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil por el 1060 del Código, resulta claramente de su simple lectura.

Con relación á las particiones practicadas por contadores

nombrados por el testador, véase el art. 1057 del Código y lo que sobre ello hemos expuesto al comentarlo.

Por último, la Resolución de la Dirección general de los Registros de 25 de Noviembre de 1893 establece, respecto á la importante innovación introducida en nuestro derecho por la creación del consejo de familia, la doctrina siguiente:

«El Código civil, desarrollando el concepto de la base 7.ª, ha confiado el amparo y defensa de los menores exclusivamente al tutor, al protutor y al consejo de familia, concediendo á éste todas, absolutamente todas las facultades que nuestra antigua legislación civil atribuía al Poder judicial en orden á la autorización de aquellos actos que traspasan los límites de una simple administración, y á la subordinación que en justicia hay que imponer al tutor con respecto á una autoridad superior que lo vigile y censure.

»Por esto mismo es ya el consejo de familia, y no la autoridad judicial, quien defiere la tutela dativa, quien declara la incapacidad de un tutor ó un protutor ó acuerda su remoción, quien señala la cuantía de la fianza que ha de garantir la gestión tutelar y califica la ya constituída, quien pone á tutores y protutores en posesión de sus cargos, quien aprueba la enajenación ó gravamen de los bienes del menor y autoriza la transacción en árbitros cuando recaen sobre dichos bienes, y, finalmente, quien censura las cuentas anuales que han de rendir los tutores cuando á ello ha lugar en derecho.

»Dentro de este cuadro general y amplísimo de atribuciones disuena el hacer una excepción con el contrato de partición, colocándolo bajo la salvaguardia de los tribunales, cual si fuese más importante que una enajenación ó transacción. El argumento capital que frente á ese razonamiento se opone es el de estar en vigor el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sienta una regla general, y ese argumento nace de la dificultad supuesta, pues mientras no se armonicen los preceptos de dicha ley con los del nuevo Código, no es lícito argüir en cuestiones de orden civil más que con los artículos del Código.

»Tampoco el art. 1060 del Código trae razón de valía á la solución que se impugna, pues es sabido que ese artículo no ha hecho más que desvanecer toda duda acerca de una doctrina planteada por la orden de 6 de Noviembre de 1868, en sentir de algunos contrariada por el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil; lo único que de aquel precepto puede lógicamente colegirse es que cuando los menores no emancipados están representados en la partición por un defensor, es requisito indispensable la aprobación judicial, precisamente porque en ese caso le falta al incapacitado la intervención tuitiva del consejo de familia, y se ve huérfano accidentalmente de la dirección paterna.

»Si por lo expuesto queda demostrado ser innecesaria la aprobación judicial de una partición verificada por el tutor con autorización del consejo de familia, es fuerza ahora indagar cuál es el sentido y alcance de esta autorización.

»Ó la autorización que ha de impetrar del consejo el tutor, en el caso del núm. 7.° del art. 269, es una mera fórmula, cosa incompatible con la misión que el Código ha conferido al primero y con la responsabilidad que el art. 312 impone á los vocales del consejo, ó mediante ella queda establecida una estrecha é íntima solidaridad entre el tutor y el consejo en cuanto al contrato particional, de suerte que éste aparece otorgado por el primero bajo la inspección directa é inmediata del último.

Basta leer los 13 números del citado artículo 269 para comprender que en todos ellos, dada la gravedad de los actos á que se refieren, ha querido el Código confiar al consejo la verdadera dirección del asunto, haciendo del tutor un mero agente ejecutivo de la voluntad de aquél; afirmación que cumplidamente comprueban en cuanto á dos de aquellos actos, el de la enajenación y el de la transacción, los arts. 270, 271 y 274 del mismo Código.

»Es consecuencia lógica de este razonamiento, la de que, ó al autorizar el consejo al tutor para que proceda á la división le traza de antemano las bases é instrucciones á que debe riguro-

samente ceñirse, ó es indispensable que, ultimada la partición por el tutor, sea por el consejo aprobada, sin lo que fuera el contrato producto de la exclusiva iniciativa de aquél y careciera por ende de sello que el art. 269 ha querido imprimir en él cuando le ha sometido á la autorización del consejo.»

Con talento y razón trata el asunto la Dirección general, y aunque tal vez demuestra más bien lo que lógicamente debe ser que lo que en el Código es, ó no resultaba en éste claramente establecido, es lo cierto que la doctrina expuesta ha sido bien acogida y viene aplicándose en la práctica como la más racional y fácil, menos costosa y hasta más eficaz.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Febrero de 1906, contradice la doctrina sostenida, en el punto que examinamos, por la Dirección de los Registros. No nos extraña, porque como ya decíamos anteriormente, la Dirección demuestra más bien lo que lógicamente debe ser que lo que en el Código se determina.

Se trataba de un tutor que no habiendo aún prestado fianza, intervino en una partición de herencia que después aprobó el consejo de familia. Citáronse, entre otros varios artículos, como infringidos el art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil que exige que toda partición en que estén interesados menores se someta á la aprobación judicial, y el 1060 del Código en que sólo se excluyen de ese requisito aquellas particiones en que los menores estén representados por su padre ó madre, sin interés opuesto en la herencia «sin que valga argüir se añade, que la aprobación dispensada por el consejo de familia las convierte en válidas, por haber reemplazado ese organismo al Juez en todas sus atribuciones respecto á los menores, pues lo cierto es que el art. 309 del Código civil dice que el consejo conocerá de los negocios que el mismo Código señala, y como en éste no hay un solo precepto que autorice al consejo para aprobar las particiones en que haya interesados menores, es claro que tal aprobación es completamente ineficaz, por no estar establecida en dicho cuerpo legal, además de que en el art. 1060 de éste, se dice

cuándo no será necesaria la aprobación judicial, lo que revela evidentemente que en los demás casos seguirá siendo necesaria, y que, por lo tanto, es completamente gratuíto el argumento de que después de publicado el Código ha desaparecido tal requisito por haber pasado á las atribuciones del consejo de familia, aunque así se haya venido á reconocer por la Dirección general de los Registros.»

El Tribunal Supremo declara que al tutor no podía reconocérsele tal carácter por no haber prestado fianza, sin que la aprobación posterior por el consejo de familia, con relación á la partición, sea suficiente para subsanar ese defecto esencial, «por no ser á esta entidad á quien la ley confiere tal facultad, sino en todo caso á la autoridad judicial, á tenor de lo prescripto en el art. 1060 del Código en relación con el 1077 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues la autorización á que se refiere el número 7.° del art. 269, no tiene más transcendencia que la de habilitar al tutor legalmente, para gestionar, en representación de los menores.» Esto no quiere decir, que la falta de aprobación judicial de la partición, cuando proceda, haga el acto ineficaz, sino que existe una omisión, un defecto, que debe subsanarse.

Ante esta contradicción entre la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y la de la Dirección general, sólo diremos que aquél atiende exclusivamente á la letra de los preceptos del Código, y ésta á su espíritu, que se revela principalmente en la facultad concedida al consejo de familia para autorizar los actos de enajenación y gravamen de bienes de menores sujetos á tutela, siendo como es, á lo sumo, la división de la herencia un acto de disposición ó enajenación. Diremos también, que si la aprobación judicial, es, como viene afirmándose por la jurisprudencia, un trámite puramente ritual y formulario, el Tribunal Supremo, viene en realidad á dejar más indefensos á los menores, sustituyendo algo (la inspección cuidadosa y responsable del consejo de familia), por nada (la fórmula y los gastos de la presentación y aprobación del Juzgado).

Por lo demás, ya lo hemos dicho, la letra de la ley, no consiente más interpretación que la que el Tribunal Supremo acepta y reconoce. Téngase presente al reformar el Código la contradicción que en la materia existe entre lo que es, y lo que debe ser.

¿Cuándo será necesaria y cuándo no la aprobación judicial de las particiones de herencia, según el estado actual de nuestro derecho?

Aun mediando menores ó incapacitados ó ausentes, no es exigible dicha aprobación en los casos siguientes;

1.º Cuando la partición hubiese sido practicada por el mismo testador.

2.º Cuando se haya hecho por persona á quien el testador hubiese encomendado esta facultad, siempre que no sea uno de los herederos, é inventariando los bienes, con citación de dichos herederos, acreedores y legatarios.

3.º Cuando los menores de edad estén sometidos á la patria potestad y representados en la partición por su padre ó su madre, siempre que éstos no tengan en la herencia interés en oposición con los del hijo menor.

4.º En las particiones de herencia practicadas antes de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855. (O. de 6 de Noviembre de 1868.)

5.º Cuando tratándose de herederos voluntarios, el testador hubiera dispuesto que se hiciesen las particiones sin el requisito de la aprobación judicial. (O. de 6 de Noviembre de 1868 y resolución de 28 de Junio de 1877.)

Si se aceptase en definitiva la doctrina de la Dirección de los Registros, habría que añadir otro caso, el de tratarse de personas sujetas á tutela, por estimarse que en tal caso correspondería la aprobación al consejo de familia. Pero aun en este caso, tal aprobación debería sustituirse por la judicial cuando todos los individuos del consejo ó la mayoría de ellos resultasen incompatibles, como sostuvimos al comentar el art. 307.

Cuando el padre ó la madre tuviesen interés encontrado en

la herencia, los menores necesitan que se les nombre defensor, con arreglo al art. 165, y la partición en que se hallen interesados requiere aprobación judicial. (Resoluciones de la Dirección de 18 de Diciembre de 1894 y 24 de Noviembre de 1898.)

La de 9 de Octubre de 1901 declara que la mujer que renuncia cuantos derechos puedan corresponderle en la sucesión de su marido, puede legalmente representar á sus hijos menores en la partición.

La de 6 de Febrero de 1909 determina que muerto el padre adoptante estando el adoptado en la menor edad, debe entenderse que recobra el padre natural la patria potestad sobre el mismo, por lo que puede representarle en una partición.

Téngase, además, presente que hay casos en los cuales la aprobación judicial de la partición ya hecha ó la previa autorización del juez se impone, por mezclarse en la partición verdaderos actos de enajenación ó desprendimiento de derechos. Tal sucede cuando, habiendo menores ó incapacitados, se adjudican bienes en pago de créditos á los acreedores, ó cuando se adjudican para el pago ó cumplimiento de algún fin especial, cuando se cancelen hipotecas, etc. En su caso, al juez sustituirá el consejo de familia. Véase la resolución de la Dirección de 1.º de Abril de 1899, que en el caso de adjudicación de inmuebles de una herencia en pago de deudas, habiendo menores representados por sus padres unos, y por su tutor otros, exige la aplicación de los arts. 164 y 272 del Código, estimando, por tanto, necesarios más requisitos que la simple aprobación judicial.

En la de 30 de Septiembre de 1905 se declara una vez más esta doctrina, afirmando que el art. 1060 no es aplicable cuando habiendo interesados menores de edad, se renuncia la herencia en favor de acreedores, pues la adjudicación en pago ó para pago de deudas en favor de personas que no son los mismos herederos, envuelve un acto de enajenación que requiere, no la simple aprobación, sino la previa autorización judicial.

En la resolución de la misma Dirección de 24 de Junio de 1902, se estableció ya, en efecto, confirmando la doctrina de

otras anteriores, que la adjudicación de bienes á *un heredero* para pago de deudas, es acto de partición, puesto que los bienes se reparten y quedan entre los herederos, aunque con la obligación de pagar las deudas, bastando por lo mismo en tal caso que los menores de edad sean representados por su padre ó madre, sin exigirse una aprobación judicial innecesaria; pero que si se adjudican bienes á los acreedores en pago de sus créditos, existe ya una verdadera enajenación de bienes menores.

La distinción no está mal hecha en teoría; pero es más formalista que real. Lo cierto en ambos casos es que se separa una partida de bienes de la herencia, y que se priva de su participación en ella á los menores: que esa privación se realice en un solo acto ó en dos veces, es en la práctica indiferente.

Cuando el contador nombrado en testamento, no se limita á practicar por sí mismo la partición de los bienes *propios* del causante, extendiendo su cometido, con ó sin intervención del cónyuge viudo, á la liquidación de la sociedad conyugal, es indispensable, además del consentimiento de ese viudo, si no intervino, la aprobación judicial, declarándolo así, como quedó expuesto al comentar el art. 1057, las Resoluciones de 25 de Mayo y 5 de Octubre de 1906.

En los casos en que es requisito indispensable la aprobación judicial, se presenta la partición con un escrito al juez competente para conocer de la testamentaría ó abintestato, solicitando esa aprobación. Con arreglo á los arts. 1077 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicables al caso, según dispone el 1050 de la misma, si los interesados por sí ó por medio de sus legítimos representantes prestan su conformidad con la partición en virtud de comparecencia ó por medio de escrito ante la autoridad judicial, esa partición se aprueba sin más trámites. En otro caso, la partición se pone de manifiesto á los interesados por término de ocho días en la escribanía correspondiente, haciéndolo saber á las partes para que dentro de ese plazo el heredero que se crea perjudicado pueda reclamar contra la misma. Si nadie se opone, el juez la aprueba.

Las resoluciones de la Dirección de los Registros de 24 de Junio de 1897 y 26 de Mayo de 1899 declaran que la no oposición á la partición en el plazo porque se pone de manifiesto á los interesados en el juzgado, equivale á su aprobación por las partes.

En el auto de aprobación de la partición se ordena su protocolización en la notaría que proceda. Según el art. 18 del Real decreto de 20 de Enero de 1881, no habiendo en este caso notario especial designado por la ley, la protocolización debe hacerse en la notaría del partido judicial en que se hayan seguido las actuaciones, que designen unánimemente los interesados, y en su defecto, el juez designará el notario á quien corresponda en el turno establecido para casos análogos en los últimos párrafos del art. 76 del reglamento general del Notariado.

Las particiones aprobadas judicialmente reciben su fuerza de esta aprobación y no exigen el otorgamiento de escritura pública por los interesados. El notario expedirá copia de la partición protocolizada, ó los testimonios que se le pidan.

Cuando en la partición haya interesados herederos sujetos á tutela y otros sujetos á patria potestad, sin hallarse éstos representados por su padre ó madre, juzgamos innecesarias dos aprobaciones, una por el consejo de familia y otra por la autoridad judicial, bastando esta última, en nuestra opinión, si bien el tutor habrá de hallarse autorizado por el consejo, con arreglo al número 7.º del art. 269 del Código.

Ahora bien: la aplicación de los arts. 1077 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil á la aprobación judicial de las particiones de herencia en que haya interesados menores ó ausentes, convierte el acto en una mera fórmula, de la que sólo queda el consentimiento de las partes ó de sus representantes legítimos; consentimiento que á veces se da por supuesto sin que medie en realidad, y por esto han podido decir las resoluciones de la Dirección de 24 de Junio de 1902 y 30 de Abril de 1906, que esa aprobación tiene un carácter meramente rituario, sin implicar el examen de la validez del contenido de la partición.

Así ocurre, por desgracia, y así viene admitiéndose, debiendo por ello criticarse más bien á la ley que á la Dirección, aun cuando ésta pudo, como en otras ocasiones ha hecho, ahondar más en el espíritu del precepto y sacar de él sus verdaderas consecuencias, que no tuvieron presentes los arts. 1077 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, pero que son lógicas y racionales, dado el art. 1049, si éste ha de servir á los menores de alguna garantía. ¿Se reduce acaso la misión del juez á desempeñar un papel puramente pasivo, aprobando particiones en las que se quebrante la ley ó se perjudiquen ostensiblemente los intereses puestos bajo su amparo? ¿Puede tratarse solamente de aumentar un requisito inútil y costoso en las particiones, sin ventaja para nadie; ó aquellas entidades á quienes la ley encomienda la defensa de los intereses de los menores ó incapacitados deben velar por esos intereses, y sólo prestar su conformidad y aprobación á la partición cuando realmente les sea beneficiosa y esté practicada legalmente? Esta es la cuestión. Falta hace un precepto que decida este caso terminantemente, ó, en su defecto, una jurisprudencia racional y justa que imponga la única solución que debe prevalecer.

El art. 1060 del Código es aplicable á la división de una cosa particular común en que se halle interesado un menor, según manda la lógica y declara la Resolución de la Dirección de 6 de Septiembre de 1897.

En la simple partición de la herencia no se trata de actos de enajenación, y basta en su caso la aprobación judicial ó la intervención del consejo de familia, por lo que no son aplicables los artículos 164 y 272 del Código, ni otros análogos. Los menores, ausentes é incapacitados en general intervendrán representados por sus defensores legítimos.

Como aclaración del art. 1058 del Código civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1908 dispone que afirmando el Tribunal sentenciador que mediante particiones hechas amistosamente se adjudicó y entregó al menor la finca que él mismo enajenó, no se infringe el mencionado artículo, cuales-

quiera que fuesen las informalidades de tal adjudicación en las relaciones del vendedor con el comprador, porque aceptada por aquél, es obligado reconocer que vendió lo que específicamente le pertenecía, circunstancia esta completamente desligada del consentimiento á que se refiere el fundamento anterior, y no invocándose ningún otro, no es de estimar las obligaciones que se derivan de la nulidad de los contratos.

II.—*Partición judicial.*

Admite Navarro Amandi cinco clases de particiones judiciales: 1.ª La que ha lugar á formalizar en juicio *necesario* de testamentaría. 2.ª La del juicio voluntario de testamentaría. 3.ª La que se practica en los casos de abintestato. 4.ª La que se ha de llevar á cabo por ejecución de sentencia. Y 5.ª La que se practica para adjudicar bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres.

El Código, en el art. 1059, sólo dice que cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará á salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Esto no quiere decir que si los herederos son menores no quepa ese recurso. Lejos de eso, la intervención judicial se impone, con arreglo al art. 1041 de dicha ley, cuando los herederos ó alguno de ellos estén ausentes y no tengan en el lugar del juicio representantes legítimos, y cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores y no estén representados por sus padres. Aparte de esto, y aunque no medien tales circunstancias, los representantes legítimos de los herederos menores de edad, incapacitados ó ausentes, pueden también promover el juicio de testamentaría. Este juicio es siempre improcedente después de hecha la partición, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1898.

La de 5 de Julio del mismo año declara á su vez que cuando la cuestión versa, no sobre el modo de hacer la partición, sino

sobre el alcance y efectos de la institución de herederos, el medio propio y adecuado es un juicio declarativo.

La de 3 de Diciembre de 1902 establece la siguiente doctrina: Aunque el testador puede prohibir la intervención judicial en caso de tratarse de herederos voluntarios, para que dicha prohibición surta sus efectos, es preciso que nombre albaceas ó contadores que practiquen la partición, y que esas personas designadas se hallen dispuestas á practicarla extrajudicialmente, por lo que, si esto no ocurre, se impone, á pesar de aquella prohibición, la necesidad de la intervención judicial, y, por tanto, la admisión del juicio de testamentaría.

Sobre todo lo concerniente á la partición judicial en los diversos casos en que proceda, nos referimos á la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo comentario especial no es objeto de esta obra: puede verse en la de los Comentarios á dicha ley por el mismo autor, tomo IV, págs. 433 y siguientes.

El art. 1059 del Código alude al juicio voluntario de testamentaría.

Concordancias.—En Francia, Bélgica é Italia se admiten las formas de partición judicial y extrajudicial. Los Códigos de dichos países dictan reglas minuciosas con relación á aquélla, estimándola precisa cuando hay interesados menores ó ausentes, ó cuando los herederos mayores de edad no puedan ponerse de acuerdo sobre la manera de realizar la partición. La partición extrajudicial puede hacerse como los herederos tengan por conveniente. Por excepción se admite al padre ó ascendiente practicar por acto entre vivos, ó por última voluntad, la partición de sus bienes entre sus hijos ó descendientes legítimos. Nada se dice, al tratar de la partición, de personas designadas expresamente por el testador para realizarla. La partición puede ser provisional ó definitiva, total ó parcial.

Argentina en capítulo especial (capítulo VI, Sección 1.ª, libro IV), enumera minuciosas reglas para la división de los bienes hecha por el padre ó madre y demás ascendientes entre sus descendientes, bien por partición anticipada ó por actos especia-

les de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones, reglas todas que no guardan concordancia alguna con los artículos 1056 á 1060 de nuestro Código.

Bolivia contiene los siguientes preceptos concordantes: 1.º Si el testador no hubiere designado persona, las particiones se harán por uno ó más de los coherederos, siempre que la mayor parte de ellos consienten ó por uno ó más extraños, si así lo resuelve la mayoría. En caso de discordia, el juez elegirá uno ó más partidores de inteligencia y probidad á costa de la testamentaría (art. 648). 2.º Pueden los herederos partir como mejor les convenga y aun transigir, salvo el caso de menores ó ausentes para quienes se partirá siempre, sin ceder ni perjudicarlos, bajo la responsabilidad de los tutores, curadores y administradores legales, ó nombrados al efecto (art. 649). 3.º El padre ó madre ó cualquier ascendiente podrá en vida, hacer entre sus hijos ó descendientes la partición de bienes, bien sea por acto entre vivos ó por el mismo testamento. Las particiones hechas en vida, comprenderán solamente los bienes existentes, dividiendo á la muerte del padre ó madre, los que no hayan sido comprendidos (arts. 654 y 655 del expresado Código de Bolivia).

Los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y el del Salvador dedican atención preferente á las particiones hechas por contador. Sus más importantes preceptos son los siguientes:

«No podrá ser partidor sino en los casos expresamente exceptuados, el que no fuere abogado, ni el que fuere albacea ó coasignatario de la cosa de cuya partición se trata.» (Arts. 1323 de Chile, 1380 de Colombia, 1313 del Ecuador y 1220 del Salvador).

«Valdrá el nombramiento de partidor que el difunto haya hecho por instrumento público entre vivos ó por testamento, aunque la persona nombrada sea de las inhabilitadas por el precedente art. 1324 del 1.º, 1381 del 2.º, 1314 del 3.º y 1221 del 4.º

»Si todos los coasignatarios tuvieren la libre disposición de

sus bienes y concurrieren al acto, podrán hacer la partición por sí mismos, ó nombrar de común acuerdo un partidor; y no perjudicarán en este caso las inhabilidades indicadas en el antedicho artículo. Si no se acordaren en el nombramiento, el juez, á petición de cualquiera de ellos, nombrará un partidor á su arbitrio, con tal que no sea de los propuestos por las partes, ni albacea, ni coasignatario (arts. 1325, 1382, 1315 y 1222 respectivamente).

»El partidor no es obligado á aceptar este encargo contra su voluntad; pero si nombrado en testamento no acepta el encargo, se observará lo prevenido respecto del albacea en igual caso (artículos 1327, 1384, 1312 y 2224).

»El partidor que acepta el encargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible (arts. 1328, 1385, 1318 y 1225).

»La ley señala al partidor para efectuar la partición el término de dos años, contados desde la aceptación de su cargo. El testador no podrá ampliar este plazo. Los coasignatarios podrán ampliarlo ó restringirlo, como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador (arts. 1332, 1389, 1322 y 1230 de los Códigos respectivos).

El partidor se conformará en la adjudicación de los bienes á las reglas de este título, salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa.

La base será el avalúo por peritos, ó el que acuerden unánimemente los interesados (arts. 1334 y 1335, 1392, 1323 y 1324, y 1233 de los relacionados Códigos).

En el Código de Guatemala, modificado el art. 1027 por el Decreto de reformas, y suprimidos los arts. 1028 y 1029, las disposiciones concordantes más importantes son las siguientes: 1.ª El dueño de los bienes puede hacer la partición de ellos por acto entre vivos en los mismos términos que podría hacerlo por testamento, esto es, respetando las acciones de la mujer y demás personas que tengan derecho á alimentos (art. 188 del mencionado Decreto). 2.ª Si la partición se hiciere por última vo-

luntad, se cumplirá en cuanto no perjudique los derechos de los que tienen acción á porción alimenticia (art. 190 del Decreto referido). 3.ª Si alguno de los herederos estuviese ausente y no tuviere representante legítimo, la partición deberá ser aprobada judicialmente (arts. 1031 y 1032 del Código guatemalteco). 4.ª Cuando los herederos sean mayores de edad podrán partir y aun transigir como mejor les parezca sin intervención judicial (art. 1034 del Código civil de Guatemala).

Honduras transcribe literalmente en sus arts. 1163 al 1167 las disposiciones examinadas de nuestro derecho.

El Código de Méjico, tan sólo como disposiciones concordantes, contiene la relativa á la facultad del testador de hacer la partición de bienes en sutestamento ó por actos intervivos, sujetándose á las reglas prevenidas para la donación, y á la necesidad de la partición judicial cuando fuere menor alguno de los interesados, ó si la mayoría de éstos lo pidiere (arts. 3791 y 3797).

Uruguay carece de preceptos concordantes, salvo las facultades del testador de practicar la partición intervivos ó *mortis causa*, en cuanto no perjudique á la legítima, ni sea contraria á derecho ajeno (art. 1098). En sus arts. 1099 al 1105 contiene este Código diversas reglas para la partición cuando los herederos estuvieren ausentes, si entre los interesados hubiese alguna mujer casada ó estuvieren sujetos á tutela ó curaduría, disposiciones todas que no concuerdan directamente con los artículos 1057 á 1060 del Código español.

Venezuela, en capítulo especial, asienta las reglas de la partición hecha por el padre, por la madre ó por otros ascendientes entre sus ascendientes. En los art. 1030 al 1034, el Código venezolano determina que las particiones por acto entre vivos no puede comprender sino los bienes presentes, que será nula toda partición en que no se hallen incluídos todos los hijos y descendientes llamados á la sucesión, y que podrá ser atacada por lesión cuando la partición testamentaria perjudique la legítima, ó cuando la realizada entre vivos contenga lesión que exceda del cuarto.

ARTÍCULO 1061

En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie.

ARTÍCULO 1062

Cuando una cosa sea indivisible ó desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse á uno, á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga.

ARTÍCULO 1063

Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por la malicia ó negligencia.

I.—*Precedentes.*

Sirven de precedente á los arts. 1062 y 1063 las leyes 6.ª y 10, del tít. 15, Partida 6.ª. Según esta última, siempre que el juez, al practicarse la partición, observase que alguna casa ó viña había de menoscabarse mucho por hacer muchas partes de ella, podrá mandar que se le adjudicase toda á uno ó á dos, y con mayor razón tratándose de cosas indivisibles por naturaleza, abonando el adjudicatario á los demás en dinero la parte que debía corresponderles en el objeto.

Según la primera de dichas leyes, «si alguno de los herederos rescibiesse los frutos de la heredad, tenudo es de los aduzir á particion entre los otros herederos. Y si algunas despensas

fizo á pro de la herencia ó en coger los frutos, deue ser entregado dellos, é lo al que finca deuen partir entre sí, como dicho auemos »

Los arts. 1061 al 1063 nos llevan á un terreno muy distinto del de los anteriores. Estamos en la práctica de la partición, sea la que fuere su forma ó persona por quien se practique.

II.—*Reglas generales para la liquidación y partición de herencia.*

A la división de la herencia precede un período de comunidad: período peligroso, en que los intereses de todos los herederos se encuentran mezclados y confundidos; en el que es necesaria una administración, y hay gastos é ingresos, ó frutos y pérdidas, ó aumentos y menoscabos, y todo ello ha de tenerse presente cuando llega el momento de dividir, para que cada cual perciba únicamente lo que le corresponda percibir, ó todo aquello á que tiene derecho con arreglo á la ley en una multitud de artículos dispersos en el Código.

Y no es esto solo: también han de tenerse presentes los créditos ó las deudas de los herederos con relación al difunto; si hay herederos forzosos, las donaciones hechas por el causante durante su vida, y las reglas relativas á la colación, y en su caso las concernientes á bienes reservables, derecho de acrecer, reversión á los ascendientes, alimentos á hijos ilegítimos, etc.

No es nuestro ánimo, ni podríamos aunque quisiéramos, porque no consiente tal cosa la índole ni la extensión de esta obra, exponer la manera de procederse á la partición de una herencia, atendiendo á la innumerable diversidad de casos que pueden presentarse. Indicaremos solamente las líneas generales, deteniéndonos en lo que hace relación á los arts. 1061 al 1063, que nos toca examinar.

a) Es lo primero determinar la personalidad del causante, dueño de los bienes que se transmiten y han de dividirse, y justificar su fallecimiento, punto de partida de las relaciones jurí-

dicas referentes á su sucesión, si hizo testamento, que será la ley del caso, ó si falleció sin disposición testamentaria.

b) Después, ha de darse á conocer el fondo partible, y para ello hay que consignar el activo y el pasivo de la sucesión.

Al efecto, y por el orden marcado en la ley de Enjuiciamiento civil, se relacionarán todos los bienes conocidos que el difunto dejó á su fallecimiento, incluyendo entre ellos los créditos existentes en favor del causante, aun contra sus mismos herederos, y fijando el valor de todo por conformidad de los interesados, ó previo avalúo por peritos ó personas competentes. Véase el comentario de los arts. 818 y 1017.

Si el patrimonio del difunto, dice el Código de Chile, art. 1341, estuviese confundido con bienes pertenecientes á otras personas por razón de bienes propios ó gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, ú otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar á la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes.

Lo más frecuente es la confusión de los bienes del difunto con los del cónyuge sobreviviente, y necesario en tal caso liquidar previamente la sociedad conyugal, siguiendo las reglas que el Código establece en los arts. 1418 al 1431.

En la práctica esta liquidación y la de la herencia, la división procedente, y la adjudicación de bienes determinados, primero al cónyuge por los diversos conceptos en que aparezca interesado, y después á los herederos, suelen hacerse al mismo tiempo, y en tales casos, al inventario especial de los bienes exclusivos del difunto sustituye un inventario general de todos los bienes de la sociedad, propios del marido, propios de la mujer ó gananciales, con su estimación correspondiente.

Conocido el activo de la herencia, hay que conocer también el pasivo en la misma época del fallecimiento del causante, y para ello ha de formarse una relación ó inventario especial de deudas y cargas hereditarias, incluyendo naturalmente las que existan en favor de los mismos herederos, pero sin comprender en ellas las impuestas en el testamento.

c) Toda esta parte preliminar se completa con la designación de las personas interesadas en la partición en cualquier concepto, como herederos, legatarios, acreedores, etc., y su respectiva capacidad, expresando por quién, en su caso, se hallan legítimamente representadas, ó quién completa su personalidad, y en virtud de qué fundamento (emancipados ó habilitados de mayor edad, padres ó defensores judiciales, tutores ó protutores, maridos, etc.).

d) Siguen las bases á que ha de ajustarse la liquidación y partición del caudal hereditario, teniendo en cuenta, como en todo, la ley y el testamento. La primera base debe ser la en que se consigne la voluntad del testador, ó en su defecto, la declaración judicial de herederos abintestato, expresando el fundamento ó razón del derecho de cada partícipe por designación del causante ó de la ley, derecho de representación ó de acrecer por muerte, incapacidad, desheredación ó renuncia, derecho de reversión, derecho á bienes reservables, etc., siguiendo después todas las necesarias, según los casos, sobre interpretación de cláusulas dudosas del testamento, forma de su cumplimiento, donaciones hechas en vida á hijos ó herederos forzosos que sean colacionables, deudas contra el caudal, mejoras, legados, variaciones sufridas en el caudal desde la muerte del causante por aumentos, pérdidas ó deterioros, venta de objetos, pago de determinadas atenciones, etc.; administración de los bienes y relaciones recíprocas entre los coherederos por razón de frutos, rentas, gastos, etc.; relaciones con otras testamentarías, bienes reservables; bienes que deben volver á un ascendiente donante, bienes colacionables, gastos de entierro y funeral, vestidos de luto para la viuda en su caso, gastos comunes calculados para la partición, renuncia de derechos en su caso por el cónyuge viudo ú otras personas, convenios relativos á la adjudicación, forma en que ha de liquidarse la herencia, etc.

e) Con arreglo á las bases establecidas se gira la liquidación, demostrándose lo que corresponde á cada heredero, legatario, acreedor ó partícipe en cualquier concepto.

Para ello, si son forzosos los herederos, del cuerpo general de bienes existentes al fallecimiento del causante, se bajarán las deudas y cargas de la herencia, sin comprender en ellas las impuestas en el testamento, y también en su caso el importe de los vestidos de luto para la viuda, que según los arts. 1379 y 1427 han de pagarse del caudal de la herencia del marido, y el resto constituirá el haber líquido hereditario. De esto se deducirá la parte de libre disposición, que será un tercio ó la mitad, según corresponda la herencia á los descendientes ó ascendientes legítimos, y los otros dos tercios, ó la mitad en su caso, han de reservarse para la legítima de dichos herederos forzosos.

De la parte de libre disposición se pagarán el entierro y funeral del causante de la herencia, la legítima de los hijos naturales reconocidos, si los hubiere, la del cónyuge viudo cuando concurran hijos de dos ó más matrimonios, y por último, las mandas, legados y demás cargas impuestas en el testamento. Si la parte libre no fuere suficiente para cubrir todas estas atenciones, se reducirán hasta donde alcance, ó se pagarán con la preferencia que ordena el Código y hemos expuesto en sus lugares respectivos, siempre sin perjuicio de las legítimas.

Hecha esta operación, se fijarán las legítimas de los herederos forzosos. Para ello, á los dos tercios del caudal líquido hereditario, que señala la ley para los hijos y descendientes legítimos, ó á la mitad, si son ascendientes, se agregará el valor que tenían todas las donaciones colacionables hechas por el mismo testador en el tiempo en que las hubiere hecho, como ordena el art. 818, y todo este caudal se repartirá entre los herederos forzosos, pagándose de él las mejoras en cuanto no sean inoficiosas, si las hubiere, y distribuyéndose el resto en partes iguales, ó en la proporción señalada por la ley, cuando se suceda por representación.

Cuando no haya donaciones, ni mejoras, legados ni otras cargas que deban pagarse de la parte de libre disposición, la liquidación será más sencilla, puesto que todo el caudal hereditario líquido corresponderá á los herederos forzosos por partes

iguales. Pero será necesario determinar la parte de libre disposición siempre que haya donaciones hechas á extraños ó que no sean colacionables, porque dicha parte libre ha de servir de tipo ó medida para apreciar si estas son ó no inoficiosas, y que los herederos, unicos á quienes la ley concede este derecho, puedan reclamar la restitución del exceso, si lo hubiere.

Como ampliación y complemento de esta materia, puede verse lo expuesto al comentar el art. 1035 en este tomo.

f) Sabido ya el haber ó cuota abstracta de cada heredero, se realiza la división, propiamente dicha, adjudicando á cada heredero bienes suficientes en pago, ya con entera libertad, según hayan los partícipes convenido, ya aplicando la doctrina de los arts. 1061 y 1062, que después examinaremos.

En el caso de proceder la colación entre herederos forzosos, ténganse presentes los arts. 1047 al 1049.

En cuanto á las deudas de los herederos en favor del difunto, si no se ha agregado materialmente su importe á la masa, y sólo se ha hecho constar su cuantía, el heredero deudor debe imputar á su propia cuota el crédito, si estuviese vencido, y en cuanto quepa dentro de la misma. Si no está vencido, no sería justa esa imputación ó adjudicación, que equivaldría á obligarle al pago antes de tiempo, y procederá su adjudicación proporcional á todos los partícipes, á no ser que se convenga otra cosa.

Para hacer pago á los acreedores, ó se les adjudican con su consentimiento bienes determinados, ó se adjudican á algún heredero ú otra persona para que por vía de comisión ó encargo verifique el pago con su propio peculio ó con el precio de su venta, ó se reparten proporcionalmente las deudas entre los herederos, afectando ó no determinados bienes á dicha obligación. Véase el comentario de los arts. 1084 y 1085.

g) Por último, se hacen constar los convenios, declaraciones, aclaraciones y advertencias necesarias sobre bienes ó derechos y deudas ú obligaciones que aparezcan en lo sucesivo, derechos eventuales, saneamiento en caso de evicción, vicios ó gra-

vámenes ocultos, establecimiento de servidumbres, ejercicio de condominio, hipotecas legales que procedan, entrega de títulos de propiedad, frutos é intereses, aprobación judicial, pago del impuesto de derechos reales, inscripción en el Registro, etc.

Dada esta idea general, y dentro de ella el lugar que en la partición corresponde á la aplicación de los arts. 1061 al 1063, haremos el estudio especial de cada uno de éstos.

III.—*Comentario.*

Primero. Art. 1063.—Como hemos dicho antes, al acto de la división precede un período de comunidad. ¿Cuáles son los derechos y las obligaciones de los herederos en ese período? La herencia es una cosa común: las reglas sobre su administración, disposición, reivindicación, derechos de terceros adquirentes, acreedores, etc., gastos, frutos, intereses, daños ó menoscabos, aumento, pérdida, etc., son las mismas que el Código establece, en los arts. 932 al 406, y quedaron examinadas en su lugar.

Los herederos, de común acuerdo, pueden verificar una partición provisional en cuanto á frutos y utilidades en general, y pueden designar un administrador, ó varios, entre ellos mismos ó fuera de ellos. En estos casos, ó harán suyos los frutos ó rentas que se les asignaron, ó el administrador rendirá cuentas de su gestión, pudiendo resultar de ellas bien un crédito á su favor contra la sucesión, bien una deuda de aquél en favor de ésta.

Si todos los coherederos han administrado ó disfrutado los bienes de la herencia, deben abonarse recíprocamente en la partición, como dice el art. 1063, las rentas y frutos que cada uno haya percibido. Esto ha de entenderse respecto de los producidos y devengados desde el día en que se abrió la sucesión, tanto del caudal relicto por el causante, como de los bienes sujetos á colación, según se declara en el art. 1049. Por regla general, no podrá saberse el importe líquido de esos frutos y rentas hasta que, hecha la partición del caudal, se entregue á cada interesado lo que le corresponda, y será necesario, por tanto, hacer una

liquidación y partición adicional, para dar á cada interesado lo que le corresponda de dichos frutos y rentas.

Con las palabras *rentas* y *frutos* la ley alude á los frutos civiles y naturales de la cosa. Accesorios de ésta, dichos frutos pertenecen á la comunidad, ó á todos los coherederos, en la proporción en que lo sean. Como dice Laurent, la propiedad se halla proindiviso entre los interesados, y lo mismo sus frutos, por lo que todos estos deben formar parte ó agregarse á la masa hereditaria. Si, pues, un solo heredero los percibió ó tomó más de lo que le correspondía, quedó obligado para con los demás á devolverles el exceso que resulte, ó á tomarlo de menos al hacer la partición. Sólo se trata, como dice el artículo, de los frutos ó rentas percibidos, no de los podidos percibir, porque ha de suponerse la buena fe; si se probase que ésta no existía, como en el caso de tener un heredero la posesión contra la voluntad de los demás, cabría otra solución.

Con relación á los gastos útiles ó necesarios hechos en la cosa común, y á los daños ó menoscabos causados en la misma, la doctrina del art. 1063 es más general. Medie ó no medie una partición, y haya ó no haya administrador, cada heredero tiene derecho al reintegro proporcional de aquellos gastos, y contrae responsabilidad por esos daños si por su parte hubo culpa ó negligencia.

En el comentario de los arts. 452 al 458 explicamos lo que debía entenderse por gastos necesarios y útiles. Estos gastos, cuando se realizan por algún heredero, con ó sin el consentimiento de los demás, redundan en beneficio de la cosa común, por lo que á todos interesa y todos deben contribuir en proporción á su haber. Si todos los herederos consintieren, puede equipararse el acto á un mandato; si no, á una gestión de negocios ajenos; pero en este caso, no siendo el gasto necesario, los coherederos no deben responder del gasto útil, sino de la utilidad que reporte, siendo ésta menor que aquél. Es circunstancia esencial la necesidad del gasto ó que deba proporcionar utilidad, aun cuando por caso fortuito, como dice Pothier, no resulte des-

pués provecho para la sucesión. Si los gastos hechos por un heredero son superfluos, de puro lujo ó mero recreo, no tiene derecho á indemnización.

Por último, todo heredero es particularmente responsable de los daños ocasionados á la herencia ó á algún objeto de la misma por malicia ó negligencia. En igualdad de circunstancias responde naturalmente también de su pérdida: ésta, en último término, representa un daño de importancia. Se trata sólo de la aplicación del principio general del art. 1902: «el que por acción ú omisión causa daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado». Cada uno de los herederos, dice Laurent, sabiendo que sólo tiene un derecho indiviso sobre las cosas hereditarias, sabe que no puede abusar de ellas, y que, por el contrario, debe, si las usa, respetar el derecho igual de sus coherederos; de aquí que responda, aun sin malicia, sólo por su negligencia. Esta, sin embargo, no se presume; es necesario probarla.

Con respecto á la obligación impuesta al coheredero de abonar todos los daños ocasionados por su culpa ó malicia, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1909 aclara este concepto al determinar que si el heredero, con arreglo al artículo 1063 del Código civil, tiene la obligación de abonar el daño ocasionado por su negligencia, es evidente que no puede repetir el pago hecho por igual causa, ya que ha debido prestar en el cuidado de las cosas hereditarias el mismo que en las suyas propias.

Como los gastos útiles y necesarios hechos en los bienes hereditarios constituyen un crédito contra la sucesión en favor del que los hizo, y el importe de los daños constituye un crédito contra el heredero que le ocasionó y en favor de la herencia, el artículo 1063 previene que el importe de tales daños y gastos se tenga en cuenta al realizar la partición, abonándose á quien corresponda. Aunque el artículo habla de impensas útiles y necesarias hechas en los bienes, claro es que del mismo modo son abonables en la partición los gastos hechos por uno de los here-

deros con motivo del entierro y funeral, declaración judicial de herederos abintestato, venta de bienes, etc.

Segundo. Artículos 1061 y 1062.—El art. 1061 enseña lo que deba ser, lo que cada heredero tiene derecho á exigir. En la indivisión todos los herederos tienen un derecho proporcional á su cuota sobre todas y cada una de las cosas de la herencia; la igualdad entre ellos es completa: tienen parte proporcionada idéntica en lo bueno y en lo malo, en los inmuebles, en los muebles, derechos, créditos, etc. La división no es una razón para que esta igualdad proporcional se altere; al contrario, cada heredero tiene derecho á recibir en la partición cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie que los demás. Así, pues, si hay muebles, todos deben disfrutar de ellos, y si hay fincas rústicas, edificios, créditos, todos deben tomar su parte en todo.

Para obtener este resultado y proceder con toda igualdad y justicia, sin preferencia alguna, el medio más seguro es la formación de lotes y su sorteo entre los partícipes: nadie tiene en tal caso razón, queja ni disgusto. Conformes los herederos en que los lotes son iguales, pues es claro que, por regla general, pueden reclamar contra el modo de su formación, sólo á su meor ó peor suerte pueden achacar el que aquél que le corresponda resulte algo más ó menos beneficioso ó conveniente para él que otros.

En la formación de estos lotes debe al mismo tiempo procurarse el menor perjuicio posible para la propiedad y los intereses de los partícipes, reuniendo en cada uno los trozos de terreno contiguos, evitando el establecimiento de servidumbres y la desmembración del dominio, etc.

Los lotes son formados por los mismos herederos, ó por el que entre ellos designen si aceptó, ó por el contador, ya esté nombrado por el testador, por los interesados ó por el juez, teniendo en cuenta, á ser preciso, informes periciales.

Si hay herederos que suceden por derecho de representación, la parte de todos ellos constituye un solo lote, el que hubiere correspondido á su respectivo ascendiente, si hubiera vivido ó

podido heredar. Ese lote se subdividirá ó partirá después entre los representantes, siguiéndose las mismas reglas que estamos examinando.

Cuando se trata de cuotas iguales, este sistema es relativamente sencillo. Pero cuando las cuotas de los herederos son desiguales, es preciso proceder de un modo distinto, pues el sorteo de lotes iguales nada resolvería. En tal caso se han propuesto los siguientes procedimientos:

a) Puesto que las cuotas desiguales forman diferentes fracciones del total de la herencia, deben, en primer término, reducirse todas á un común denominador. Después se forman tantos lotes como unidades cuente ese denominador, y por suerte se adjudican á cada heredero tantos lotes como indique el numerador de su respectiva fracción ó cuota. Por ejemplo: son herederos A., B., C. y D. Corresponde á A. la mitad, á B. un cuarto y á C. y á D. un octavo cada uno. Se forman en tal caso ocho lotes iguales, y por sorteo se adjudican al primero cuatro lotes, al segundo dos y uno á cada uno de los demás.

Este sistema tiene el inconveniente de extremar la división del caudal con todas sus fatales consecuencias, haciendo difícil la formación de lotes. Puede, no obstante, ser conveniente en ciertos casos sencillos ó de escaso fraccionamiento.

b) El exceso de la cuota de los herederos cuya participación sea mayor sobre la de aquel á quien corresponde la menor, lo toma del fondo de la herencia, y cuando las cuotas quedan iguales se procede al sorteo. Así, en el ejemplo antes expuesto, A. empieza por sacar del fondo tres octavos, y B. uno, y con el resto se forman cuatro lotes iguales.

c) Se forman los lotes necesarios iguales á la cuota del mayor partícipe. En seguida se saca por suerte el lote correspondiente á ese heredero. Con el resto se sigue el mismo procedimiento, y así sucesivamente hasta llegar á la cuota del menor partícipe ó á las cuotas iguales de los herederos que menos deban percibir. En el caso citado, correspondiendo á A., partícipe mayor, una mitad se forman dos lotes iguales: uno corres-

ponderá por suerte á A., y el otro á B., C. y D. Este lote se divide en otros dos, tomando uno B., y quedando el otro para C. y D., entre los que después se divide.

Nuestro Código no exige precisamente el sorteo, pues autoriza la formación de lotes ó la adjudicación á cada heredero de cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie, y esto sean las cuotas iguales ó desiguales. Luego la ley autoriza cualquiera de los expresados procedimientos, y además otro, que consiste en ir adjudicando á cada heredero bienes inmuebles, muebles, derechos y créditos en proporción á su haber respectivo hasta completarle, sin más exigencia que la de procurar la posible igualdad: sistema que permite conciliar ese principio de equidad con la conveniencia de cada heredero, los intereses de la propiedad y la diversidad de las cuotas. Es, en efecto, el sistema del sorteo el más equitativo en absoluto; mas como busca una igualdad abstracta y matemática, prescinde por completo de las necesidades y conveniencia de cada heredero, y adjudica á ciegas ó á capricho los lotes, perjudicando innecesariamente á los interesados, y obligándoles después á vender ó permutar sus respectivas participaciones. El legislador, en el art. 1061, ha obrado cuerdamente al conceder á los herederos ó al contador en su caso la necesaria libertad de obrar dentro del principio de igualdad en que siempre debe hallarse inspirada la partición.

Y no trata en modo alguno de exigir un imposible extremando el rigor de ese principio, sino que inspirándose en la realidad, declara que esa igualdad será *la posible* en cada caso. De aquí el precepto del párrafo primero del art. 1062, que demuestra hasta el extremo que puede llegarse en la desigualdad, y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1895, que declara que no se excede en sus atribuciones un albacea contador, ni contraría el precepto del art. 1061, cuando en la partición adjudica á un solo heredero una cosa de gran valor é imposible división, porque aun dicho artículo sólo exige la igualdad cuando pueda realizarse buenamente.

El artículo 1061, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1902, tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso (naturaleza, calidad, y valor de los bienes, posibilidad de su división, número de partícipes, bajas que se hayan de deducir, etc.), no cabiendo, por consiguiente, la imposición por los Tribunales de esa forma de división.

Asimismo la Resolución de la Dirección general de los Registros de 10 de Enero de 1903, establece la doctrina de que el artículo 1061 ordena la posible igualdad en las particiones, haciendo lotes ó adjudicando á cada heredero cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie, con la sola excepción establecida en el art. 1062 de desmerecer la cosa por la división ó ser indivisible. Esto sentado, se desprende que no se halla en este caso la partición en que se adjudican fincas *pro indiviso* á cuatro de los herederos, pudiendo haberse adjudicado lo mismo á los cinco instituídos.

Es difícil en muchos casos, aun siendo posible la división, que los lotes ó adjudicaciones sean exactamente iguales á las cuotas de cada heredero, por lo que con frecuencia falta ó sobra alguna fracción en las respectivas adjudicaciones. En tal caso, el heredero que reciba algo de más debe abonar en metálico la diferencia á los que lo lleven de menos en su haber. Ese exceso de adjudicación, cuando existe ya por voluntad de los interesados, ya por no ser fácil ó posible otra solución, constituye en realidad una verdadera compra que uno de los herederos hace á los demás; sin embargo, la vigente ley del Impuesto de derechos reales, art. 3.º, núm. 22, declara exentos de pago del mismo, «los excesos ó diferencias que unos herederos deban abonar á otros, cuando en virtud del párrafo segundo del art. 1056 y del primero del 1062 del Código civil, les haya sido adjudicada en una finca mayor porción de la que les correspondiese por su haber hereditario».

¿Es aplicable el art. 1061 á toda clase de partición? El precepto está redactado en términos generales y absolutos; pero

como hemos dicho, concede un derecho á la igualdad, no impone á los herederos una obligación.

El art. 1058 determina que cuando los herederos son mayores de edad, y tienen la libre administración de sus bienes, pueden practicar la partición del modo que tengan por conveniente.

Luego, aun cuando exista metálico y una finca de fácil división, pueden dos herederos convenir en tomar uno la finca y el otro el dinero, pues el art. 1061 no es aplicable contra la voluntad de los mismos interesados.

Pero es preciso que se reunan dos circunstancias: primera, la capacidad de obrar de los herederos, y segunda, la conformidad de todos ellos en la división. Si los herederos son menores de edad ó incapacitados, el art. 1061 debe cumplirse; si alguno de los interesados no se conforma, aunque represente su derecho en la herencia la más mínima fracción, puede exigir la aplicación del artículo, y si los demás no reconocen este derecho; reclamará su efectividad en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Aparte el caso en que la división la lleven á efecto de común acuerdo los herederos capaces, del modo que tengan por conveniente, puede considerarse también como excepción del artículo 1061, la partición practicada por el mismo testador con arreglo al art. 1056, puesto que éste, no perjudicando la legítima de los herederos forzosos, puede transmitir determinadamente á cada heredero los bienes que mejor le parezca. Véase el comentario de dicho artículo.

El contador nombrado por el testador puede estar autorizado por éste ó por los herederos capaces para partir con toda libertad ó con arreglo á bases determinadas. Mas fuera de estos casos, debe guardar en la partición la posible igualdad, y lo mismo el contador nombrado por los interesados, ó por el juez en su caso con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

La esfera de acción del art. 1061 es, como vemos, bastante extensa, pues en suma sólo la voluntad expresa del testador, ó

el acuerdo unánime de los herederos mayores de edad y capaces, puede alterar la aplicación de la regla.

Ahora bien: se trata de dividir, y no todas las cosas son divisibles, habiendo algunas que pueden dividirse, mas al hacerlo, ó quedan inservibles para el uso á que se las destinaba, ó desmerecen considerablemente en su valor. Claro es que la ley en el art. 1062, que prevé este caso, como en el 400, no se refiere sólo á la indivisibilidad material: un caballo es cosa indivisible, aunque materialmente pueda partirse por la mitad.

La cosa indivisible ó que desmerezca mucho por su división, ya sea la única de la herencia, ya una de las varias que formen la universalidad, puede adjudicarse á uno solo de los herederos á calidad de abonar á los otros el exceso en dinero. La igualdad en cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie, no es posible, en muchos casos, por lo que el art. 1062 no contradice el precepto del 1061, que no pide un imposible.

Mas, ¿á cuál de los herederos se adjudica la cosa indivisible ó de perjudicial división? Ni el contador puede escoger á su arbitrio, ni los mayores partícipes pueden imponer su voluntad á los demás. Es necesario que todos estén conformes con la adjudicación y con la persona á quien se ha de hacer. No siendo así, si uno solo de los herederos no está conforme, basta que pida que la cosa se venda en pública subasta, para que así se verifique.

Adjudicar la cosa proindivido á varios, suponiendo que no sea la única de la herencia, no conduciría á nada, porque siendo indivisible en absoluto ó relativamente, como la ley es enemiga de la indivisión, más tarde ó más temprano habría que adoptar alguna solución, y poner fin á ese estado anómalo de derecho. Por esto, los herederos procurarán convenirse, descomponiendo en último extremo el dominio en directo y útil, ó nuda propiedad y usufructo; mas si no hay avenencia, se impone la enajenación de la cosa.

Un heredero, por sí mismo, ó por medio de su representante legítimo, pide la venta, y es bastante. Si se suscita cuestión so-

bre si la cosa es ó no indivisible, si desmerece ó no con la división, si procede ó no dicha venta, los tribunales resolverán lo que crean más ajustado á derecho.

Acordada la venta, ésta ha de verificarse en pública subasta y con admisión de licitadores extraños. Uno y otro requisito tienen su razón de ser. La ley busca la mayor utilidad posible para los herederos, y supone que haciéndose público el hecho de la enajenación, y admitiéndose la competencia en el precio, se obtendrá alguna ventaja. Por otra parte, no quiere que los herederos más ricos, abusando de la precaria ó modesta posición de los demás, adquieran indirectamente y con poco coste lo que de un modo directo no se les quiso conceder, y de aquí la admisión de licitadores extraños que, para los herederos pobres ó que no pueden comprar lo que tal vez tiene para ellos un valor de afección muy grande, representa una garantía de que al menos se conseguirá mayor precio ó equivalente.

La subasta no es preciso que sea judicial, pudiendo verificarse ante notario, previa tasación. No nos detendremos en sus formalidades. Admitida la mejor postura, la venta se efectúa por los herederos en favor del comprador, sea un coheredero ó un extraño, con los requisitos necesarios, según los casos.

Salta á la vista, que acordada la venta de una cosa indivisible, dicha venta debe ser en casos normales un acto previo á la formación de lotes ó adjudicación de bienes determinados á los herederos. A la cosa sustituye su valor, y éste es el que, con los demás objetos de la herencia, ha de repartirse según las reglas del art. 1061, ó las que de común acuerdo adopten en su caso los herederos mayores y capaces.

El art. 1062 se relaciona con los 401 y 404. Según el primero, los copropietarios no pueden exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso á que se destina. Según el segundo, cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique á uno de ellos indemnizando á los demás, se venderá y repartirá su precio. El art. 406, á su vez, declara que las reglas relativas

á la partición de la herencia son aplicables también á la división de la cosa común. El art. 1062 es por tanto aplicable á la división. ¿No contradice el precepto del art. 401?

Del art. 401, en relación con el 400, al que pone una excepción, parece deducirse que cuando la cosa, al dividirse, resulte inservible para el uso á que se destina, los comuneros están obligados á permanecer en la indivisión, pues no pueden pedir que se divida; mientras que en igual supuesto, el art. 1062 obliga á vender esa cosa á instancia de cualquier partícipe, contra la voluntad de los demás que se conformen á seguir disfrutando proindiviso el objeto. Reflexionando bien, se observa, sin embargo, que no hay contradicción. El art. 401, es cierto, no obliga á pedir la división de una cosa común cuando ha de quedar inservible para su uso, y lo mismo ha de entenderse cuando se trate de cosas esencialmente indivisibles; pero esto es natural y lógico, ¿cómo pretender que se divida lo que no se puede dividir? Mas esto no significa que los comuneros hayan de permanecer en esa indivisión perpetuamente, sólo porque á uno ó varios de los partícipes les convenga, ó no se presten á hacer cesar esa situación anormal, aunque esos partícipes representen la mayor suma posible de intereses. Basta que uno de los condueños quiera que cese la comunidad, para que pueda pedir con arreglo al artículo 1062, conforme con el 404, no una división imposible, sino la venta del objeto en pública subasta. La ley mira con poco favor la comunidad, y pretender que no termine ésta en ciertos casos sino por acuerdo de todos los partícipes, solo por ser la cosa indivisible ó de perjudicial división, no es doctrina conforme á su espíritu, ni conveniente á los interesados.

La cuestión que acabamos de examinar, y que hemos visto planteada en la practica, nace sólo de hablar el art. 404 de cosas indivisibles, y el 401 de cosas que al dividirse quedan inservibles para el uso á que se destinan, siendo así que á unas y á otras son aplicables ambos preceptos. No puede pedirse su división, pero puede pretenderse su venta.

Esto es lo que viene á establecer ó declarar la sentencia de 14 de Junio de 1895, si bien no se ocupa en la contradicción que algunos encuentran entre los arts. 401 y 1062, sino que se limita á declarar que éste es aplicable á la división entre los partícipes de una cosa común.

Concordancias. — Los Códigos de Francia, Bélgica, é Italia se ocupan de las reglas de estos artículos al tratar de la partición judicial, añadiendo otras relativas á la estimación de los bienes, formación de la masa hereditaria, remisión de las partes ante notario, etc.

Estas reglas no son por completo idénticas á las de nuestro Código, pues aparte de tratar de la materia más minuciosamente, se admite en ciertos casos la venta de los bienes muebles hereditarios, se establece sólo en cuanto á los inmuebles la doctrina de proceder á su enajenación cuando no son cómodamente divisibles, y aun en Francia la formación de lotes se impone con un criterio más estrecho de completa igualdad, mientras que en Italia se autoriza al Juez para que decida si debe procederse en tal caso por extracción ó sorteo, ó por atribución ó adjudicación, ya en todo, ya en parte.

El Código de Guatemala, en su art. 1035, concordante con el 1061 del nuestro, prefija que ante todo forme el lote de cada heredero los bienes determinados que el testador le asignó, y en su defecto, ó respecto á lo que pueda faltar, se incluyan en cada porción bienes de las misma especie en cuanto fuere posible. El art. 1050, concuerda literalmente con nuestro art. 1063.

Por último, los arts. 1039 al 1046 del de Guatemala, repiten y amplían muy al pormenor el precepto de nuestro art. 1062. La admisión de licitadores extraños sólo tiene lugar cuando hay menores ó cuando algún heredero lo pide. Son dignos de notar los preceptos siguientes:

«Si verificadas tres almonedas no hubiese postor para los bienes que no admitan cómoda división, se sortearán, y al que designe la suerte se le adjudicarán por la mitad de su valor. (Art. 1044 del Código de Guatemala.)

»Lo que en el caso del artículo anterior exceda de la cuota del heredero adjudicatario, será reconocido por éste, salvo convenio en otro sentido, durante seis años, al seis por ciento, con hipoteca de la cosa adjudicada á favor de la persona á quien corresponda, según la partición (Art. 1045.)

»Cualquier heredero puede, aun después de sortear la cosa, evitar la adjudicación por la mitad del precio, en los casos de los arts. 1044 y 1045, aumentando dicho precio, y si hubiere varios pretendientes, habrá lugar á la licitación.» (Art. 1049.)

Los arts. 1047 y 1048 determinan las reglas para el caso en que varios herederos pretendan una misma cosa, licitación entre ellos, y casos en que todos rehusaren recibirla.

Los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador admiten reglas análogas y otras especiales. Véanse los arts. 1337 y 1338 del primero; 1394 y 1395 del segundo; 1327 y 1328 del tercero, y 1235 y 1236 del cuarto.

En la partición, según éstos, se procurará que la finca ó fincas que se adjudiquen en cada lote sean contiguas, y, á ser posible, que esa misma contigüidad exista entre lo adjudicado y otros fundos propios del adjudicatario; se establecerán las servidumbres necesarias para la cómoda administración y goce de los bienes, y podrá, con el acuerdo de los interesados, separarse, á ser preciso, de la propiedad el usufructo, habitación ó uso, para darlos en cuenta de la asignación.

Los Códigos mencionados imponen al albacea la obligación de formar un lote ó hijuela especial para el pago de deudas, así como también establecen para el partidor la misma obligación, aunque nadie se lo exija.

Argentina carece de concordante determinado, pero en el capítulo V, libro IV, sección 1.ª, contiene reglas análogas á las de nuestro Código.

Bolivia (art. 650) previene que la partición no sólo se ha de hacer en iguales valores apreciados, sino que ha de ser en especie, si admite cómoda división, aunque lo resista alguno de los herederos. La desigualdad de porciones en especie, se in-

demnizará con dinero ú otros bienes. Si hubiese contestaciones, añade el art. 651, sobre llevar los unos bienes raíces y los otros muebles, se venderán en almoneda, previa la tasación legal y el valor resultado de la venta será dividido.

Honduras consigna literalmente los preceptos del Código español en sus artículos 1168 á 1170.

Méjico en ninguno de los artículos que tratan de la partición (artículos 3788 á 3807) contiene precepto alguno concordante con los examinados en este comentario.

Uruguay admite parecidas reglas á las de nuestro derecho en sus artículos 1110, 1112, 1116 y 1117.

El Código de los Estados Unidos de Venezuela establece concordantes disposiciones á las del Código español, en los artículos 976, 980, 1021 y 1022. Estos dos últimos se refieren al mutuo saneamiento que se deben los coherederos por las perturbaciones, evicciones y por las pérdidas irrogadas por la partición.

ARTÍCULO 1064

Los gastos de partición hechos en interés común de todos los coherederos se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán á cargo del mismo.

Este artículo apenas necesita comentario.

Laurent dice: «Es evidente que los gastos deben ser soportados por aquel ó aquellos en cuyo interés se hacen; de donde se deduce que todos los herederos deben contribuir en proporción á su cuota. Esto se realiza deduciendo los gastos de la masa hereditaria. No deben estimarse compensados los gastos entre los copartícipes, porque resultaría entre ellos desigualdad, y, lejos de esto, debe reinar, lo mismo para las cargas que para los beneficios, una igualdad proporcional entre los herederos.»

Goyena se expresa en esta forma: «El que ocasiona los gastos debe sufrirlos; los de inventario son de interés común; deberán, pues, deducirse de la herencia. Los que proceden única-

mente de la circunstancia de ser uno de los coherederos menor, ó estar ausente, por ejemplo, los de la aprobación judicial serán á cuenta y cargo de los mismos.» Son también gastos de interés particular los de nombramiento de defensor, habilitación de mayor edad, etc.

Aparte esta especialidad, nacida de la circunstancia de cada heredero, puede decirse que hasta tanto que la partición se termina, los gastos son de interés común: inventario, avalúo, contador, Notario, etc. Una vez aprobada ó protocolizada, cada interesado satisfará lo que le corresponda por testimonios ó copias de su hijuela, papel sellado en éstas, impuesto de derechos reales, inscripción, etc. Téngase presente también lo que ordena el artículo 1066.

En cuanto á la aprobación judicial en su caso, es cierto que se hace en interés solamente de algún heredero; pero por virtud de ella los gastos de protocolización de la partición resultan mucho menores que los de una escritura particional ante Notario; por lo que es justo, si no se quiere compensar una cosa con otra, tener en cuenta el gasto que ocasiona la división aprobada judicialmente, y el que ocasionaría la misma á no mediar ese requisito.

Del hecho de que los gastos de partición, de carácter común, se bajen de la herencia, no puede deducirse que constituyan un crédito preferente. De ordinario, como esos gastos no pueden conocerse con exactitud hasta después de terminada la división, se calculan aproximadamente para incluirlos como baja del activo de la herencia; después, si hay sobrante, se reparte en proporción al haber de cada heredero; si hubo falta, se pagará á prorrata.

Respecto á gastos ó costas judiciales, pueden consultarse las sentencias de 8 de Noviembre de 1893 y 22 de Marzo de 1899. Declara en esta última el Tribunal Supremo que ni del art. 1051 del Código civil ni del 1038 de la ley de Enjuiciamiento cabe inferir el supuesto erróneo de que cada heredero por sí solo representa la herencia, pudiendo por ello litigar á costa de la mis-

ma, pues si algo se deduce es precisamente lo contrario, por ser inconcuso que no representa la herencia como entidad jurídica, sino su propio é individual derecho cada uno de los herederos al obrar en ejercicio de la acción que les compete para obtener la división de los bienes hereditarios, siguiéndose de ello que al juicio de testamentaría es aplicable la regla general de derecho, según la cual debe cada parte litigante satisfacer las costas por sí y para sí causadas, así como contribuir con igualdad al pago de las que sean comunes á todas las mismas partes, salvo el caso de haber sido alguna de ellas condenada á pagar las causadas por su adversario. Añade el mismo Tribunal que el artículo 1064 del Código confirma esta doctrina al ordenar que los gastos de partición de la herencia hechos en interés de todos los herederos se deducirán de la misma herencia, y que los hechos en interés de alguno de ellos serán de su cargo, puesto que de aplicar este precepto al pago de las costas causadas en el juicio universal sobre participación de herencia, deberán satisfacer, con cargo á la misma, tan solamente las costas relativas á las operaciones particionales hechas en interés común de todos los coherederos, mas no las causadas por cualquier otro concepto á instancia particular de alguno de ellos, sobre cuyo pago hay que estar, por tanto, á la regla de derecho procesal anteriormente expuesta.

(Con relación á los legatarios, la sentencia de 24 de Junio de 1911 corrobora la doctrina general expuesta, es decir, que no afectando á un legatario, ni á sus sucesores, las operaciones particionales, ni pudiendo reputarse en su interés los gastos de aquellas, hecho que no se estima probado en la sentencia antes referida, es totalmente inaplicable al caso el artículo 1064 del Código civil.)

Aunque los gastos de la partición deben deducirse, según el artículo 1064, del cuerpo general de bienes, esto no significa que cuando no se deducen no puedan reclamarse tales gastos por los contadores á los herederos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1901.)

Como doctrina corroborante, se puede tener en cuenta la sentencia de 3 de Diciembre de 1902, que refiriéndose á la decisión judicial sobre la procedencia de la prevención de un juicio de testamentaría que es de interés para todos á quienes afecta su terminación, dispone que no infringe el art. 1064 del Código civil la sentencia que ordena que los gastos originados por la prevención sean baja del caudal y no de cargo del heredero que lo promueve. Del mismo modo es digna de mención la sentencia de 15 de Febrero de 1909, en cuya parte doctrinal se establece que no habiendo sido objeto de discusión en el pleito el extremo referente á cargo de quién han de correr los gastos de la división de la cosa común, no puede resolver el Tribunal acerca del mismo sin incurrir en vicio de incongruencia, aunque parezca obvio que por afectar al interés de todos los partícipes la distribución de una cosa común, sobre todo si ésta es esencialmente indivisible, resulta indicada la aplicación del artículo 1064, así como que el procedimiento para llevar á cabo la distribución ha de quedar para el período de ejecución de sentencia.

Concordancias.—Concuerdan con el art. 1064 de nuestro Código, los arts. 1338 del de Chile, 1390 de Colombia, 1328 del Ecuador y 1231 del de la República del Salvador.

Guatemala en su art. 1072, Honduras en el 1171 y Méjico artículo 3807, concuerdan literalmente con nuestro Código.

Argentina, Bolivia, Uruguay y Venezuela, no contienen concordante directo con las prescripciones de nuestro derecho relativas al pago de los gastos ocasionados en la partición.

ARTÍCULO 1065

Los títulos de adquisición ó pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca ó fincas á que se refieran.

ARTÍCULO 1066

Cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó una sola que se haya dividido entre dos ó más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca ó fincas, y se facilitarán á los otros copias fehacientes, á costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará al varón, y, habiendo más de uno, al de mayor edad.

Siendo original, aquel en cuyo poder quede deberá también exhibirlo á los demás interesados cuando lo pidieren.

Sirve de precedente á estos artículos la ley 7.ª, tít. 15, Partida 6.ª: «Preuillejos ó cartas seyendo falladas en los bienes del finado, si los herederos fueren muchos, aquel las deue tomar en fieldad que mayor parte ouiere en la herencia. E otrosí deue dar traslado dellas á los otros herederos é mostrarles el original dellas quando menester les fuere. E si los herederos fueren égua les en las partes de la herencia, aquel las deue tomar en fieldad, que fuere más honrado, ó más anciano, é de mejor fama. Pero si mujer fuere entre ellos, maguer sea más honrada ó de más alto lugar que los varones, por esso non las deue ella tomar, mas alguno de los varones... E si fueren eguales en las partes de la heredad é en las otras cosas, estonce deben echar suertes qual dellos las terná: é aquel á quien cayere la suerte las tenga, é dé traslado dellas á los otros segund que sobredicho es. E si acaesciese que se non acuerden en fazer esto, estonce dezimos que las deuen meter en fieldad en sacristanía de alguna eglesia que las guarden, fasta que sean auenidos.»

Los arts. 1065 y 1066 se refieren á los títulos de adquisición por el difunto de los bienes ó derechos adjudicados á los herederos. En ellos se comprenden las constituciones, modificaciones y reconocimientos de censos, usufructos, servidumbres, hipotecas y demás derechos reales y personales, y aun los documentos que

acrediten la extinción de gravámenes y cargas en general, pagarés, recibos, títulos de la Deuda, acciones, etc.

La doctrina legal no puede ser más clara. El art. 1066 exige que á costa del caudal hereditario se faciliten copias fehacientes de los títulos á los interesados que no deban conservarlos en su poder. Claro es que esto es un derecho en los interesados, y que pueden conformarse con que se les exhiba ó facilite el citado título cuando lo necesiten, ó con simples copias. Pero si se exigen copias fehacientes y se trata de instrumentos notariales, bastará, y en muchos casos será el único medio posible, un testimonio por exhibición expedido por un notario.

Los documentos que hagan relación á toda la herencia, como el testamento, certificación de actos de última voluntad, etc.; si los conservan en su poder los herederos, no entran en la regla del artículo. Los interesados procederán de común acuerdo, y en su defecto pueden inspirarse en la doctrina del art. 1066.

Como doctrina aplicable al art. 1065, ha establecido el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de Mayo de 1905, que el heredero universal y además heredero usufructuario de unas fincas legadas por el testador á otras personas, no se halla obligado á subsanar los defectos de que adolezca la titulación de dichas fincas: 1.º, porque no se deduce tal obligación del art. 885, inaplicable al caso, por referirse á la entrega que al legatario deben hacer el heredero ó el albacea de la cosa legada; 2.º, porque tampoco del deber que el art. 1065 impone al hacerse la partición de entregar los títulos de adquisición ó pertenencia al coheredero ó adjudicatario, se deriva la consecuencia de que hayan de subsanarse previamente los defectos de que para su inscripción adolezcan; y 3.º, porque el legado se constituyó sobre finca que no estaba inscrita á nombre del causante ni al de la persona de quien ésta trajo su derecho.

Concordancias.—Concuerdan literalmente con los arts. 1065 y 1066 del Código español los arts. 3506 y 3507 del de la República Argentina, 1343 de Chile, 1400 de Colombia, 1333 del Ecuador, 1242 del Salvador y 1172 y 1173 del de Honduras.

Bolivia (art. 658) solamente dispone que las particiones se pasarán á un escribano para que las inserte en sus registros ó protocolos, y de allí se dará á cada interesado el testimonio de su hijuela en el papel correspondiente.

Guatemala, muy al por menor en sus arts. 1056 al 1059, viene á establecer idénticas disposiciones á las de nuestro Código.

Del mismo modo los arts. 1122 y 1123 del Código de la República Oriental del Uruguay y 985 del de los Estados Unidos de Venezuela, consignan las mismas reglas acerca de la entrega de los títulos, tanto particulares como comunes.

Méjico y Perú carecen de preceptos concordantes.

Por lo que se refiere á los Códigos europeos, el de Francia (artículo 842) é Italia (art. 999), concuerdan con el Código español, si bien acerca de la materia la doctrina de nuestro derecho es más perfecta y acabada y evita en lo posible la intervención judicial.

ARTÍCULO 1067

Si alguno de los herederos vendiere á un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos ó cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, á contar desde que esto se les haga saber.

El Código de Napoleón, art. 841, fué el primero que estableció el retracto especial permitido en nuestro art. 1067: «Toda persona, aun cuando sea pariente del difunto, que no fuese sucesor, á quien un coheredero hubiese cedido su derecho en la herencia, puede ser excluído de la partición, bien por todos los coherederos, bien por uno solo, reembolsándole el precio de la cesión.» Este retracto es en Francia tanto más especial, cuanto que en aquella legislación no se admite el retracto de comuneros.

El proyecto de Código de 1851, art. 916, establecía ya el retracto en la forma hoy consignada en el art. 1067, si bien no expresaba el término dentro del cual debía ejercitarse dicho derecho.

Nuestro Código indudablemente ha admitido el retracto del derecho hereditario en favor de los coherederos, como una consecuencia natural y necesaria del retracto entre comuneros. La herencia es una cosa común: los coherederos son condueños en el derecho hereditario; luego deben tener los mismos derechos que los demás condueños. A menor número de partícipes, menor fraccionamiento de la propiedad: esta es la idea principal. Sólo secundariamente se atiende á alejar de la partición personas extrañas, impidiéndoles enterarse de los secretos de la familia, evitar disensiones entre los herederos y dificultades en la partición, estimulando la envidia y la codicia de terceros, y otras razones más ó menos discutibles que se alegan en Francia para sostener ó fundamentar el precepto.

No nos detendremos en examinar las ventajas é inconvenientes de todo retracto. Debemos aquí concretarnos á explicar la doctrina del art. 1067, no sin hacer constar que se trata de un derecho excepcional, y, por tanto, que el precepto es de interpretación restrictiva. Hay que atenerse á su letra, y en lo no expresamente previsto ó determinado en el mismo, acudir á la doctrina de los arts. 1521 á 1525.

I.—*Condiciones para este retracto.*

Según el art. 1067, para que tenga efecto el retracto á que se refiere, han de concurrir las circunstancias siguientes:

1.ª Que haya varios herederos ó partícipes en la cosa común.

2.ª Que uno de ellos venda su derecho hereditario.

3.ª Que la venta se haga á una persona extraña á la herencia, y antes de practicarse la partición.

4.ª Que uno ú otros coherederos reclamen el derecho en

el término de un mes, contado desde que se les hizo saber la venta.

5.ª Que se reembolse al comprador el precio de la compra.

Primera. La primera condición ó circunstancia implica la comunidad de derechos y quiénes son los partícipes ó condueños. Ni cabe el retracto cuando hay un solo heredero, ni el derecho se concede á los legatarios, donatarios, etc.

Segunda. La segunda condición expresa el objeto sobre que recae el retracto, y el único acto de enajenación en que puede fundarse. Un coheredero *vende* su derecho á la herencia. Si no hay venta, no hay retracto.

El coheredero hace donación á un extraño del derecho hereditario. Mientras no se pruebe que la donación encubre una venta simulada, creemos que no procede la aplicación del artículo 1067.

El coheredero adjudica en pago de deuda la finca á un acreedor, ó cambia su derecho á la herencia por bienes determinados ó por otros derechos, ó lo transmite por cualquier título diferente al de venta; falta esta condición y el retracto no procede.

La interpretación, como hemos dicho anteriormente, tiene que ser restrictiva: el art. 1067 emplea el término de venta, no la palabra *enajenación*.

Pero la venta ¿ha de ser voluntaria? ¿Cabe el retracto cuando se vende el derecho hereditario judicial ó administrativamente para pago de deudas ó contribución? Esta venta no es natural que ocurra, pues lo ordinario es que se embarguen y vendan bienes determinados, y no derechos abstractos. Sin embargo, si el caso ocurre, estimamos que el retracto procede contra el comprador extraño, y así lo ha admitido la jurisprudencia francesa. El art. 1067 habla del heredero que vende; y en realidad, dice Laurent, no deja de ser heredero el que vende cuando la enajenación es judicial. Debemos añadir que la ley se preocupa más del hecho de que sea un extraño el que compre, que del modo como se realiza la venta.

Por lo demás, no se trata de un objeto determinado de la he-

rencia, ni de varios de ellos proindiviso, que motivarían en su caso el retracto de comuneros, sino del derecho hereditario. ¿Será preciso que se venda la totalidad de este derecho, ó bastará la de una participación en el mismo? El retracto siempre procede con arreglo á este artículo ó al 1522. Creemos que siempre que se trate de cosas determinadas, ya se enajenen por entero ó por fracciones (y el heredero sólo puede enajenar una fracción), procede el retracto á que el art. 1522 se refiere. Y siempre que no se determine objeto alguno, sino que se venda en abstracto, en todo ó en parte, el derecho hereditario, procede aplicar el art. 1067.

Tercera. A una persona extraña y antes de la partición. La venta del derecho hereditario ha de hacerse á una persona extraña. Es persona extraña todo el que no sea coheredero. Un hijo desheredado, el padre del difunto, cuando la herencia corresponde á los hijos, el marido de una heredera, los legatarios, acreedores á la sucesión, etc., todos son personas extrañas.

Si la venta se hace al cónyuge viudo, ¿pueden los coherederos intentar el retracto? El cónyuge viudo es un heredero forzoso; mientras no deje de serlo no puede considerársele una persona extraña; cualquiera que sea la naturaleza del derecho que se le concede, la letra de la ley no consiente otra interpretación.

Los hijos ilegítimos no naturales, aunque tengan derecho á alimentos, no son realmente coherederos. Si adquieren el derecho puede ejercitarse contra ellos el retracto.

El heredero que renuncia, se entiende que nunca ha sido heredero; queda como extraño á la sucesión. Luego si después compra á otro que fué su coheredero su derecho hereditario, procede contra él el retracto. La ley, al hablar de herederos, no se refiere á las personas llamadas por ley ó testamento á la sucesión, sino á las que siendo llamadas, aceptan la herencia y son realmente herederos. Aun en caso de duda, habría de prevalecer esta interpretación como restrictiva.

La venta del derecho hereditario ha de hacerse antes de que

se practique la partición. Esto es evidente, porque después al derecho hereditario en abstracto sustituyen las cosas ó derechos determinados comprendidos en la respectiva adjudicación, cesa la comunidad en la herencia, y podrá proceder otro retracto, mas no el retracto especial á que el art. 1067 se refiere.

Cuarta. Reclamación por otro coheredero en el término legal. El derecho de retracto corresponde á los coherederos ó condueños en el derecho hereditario. Pueden, pues, intentar el retracto todos aquellos contra los cuales no puede ejercitarse ese derecho, á los que nos hemos referido anteriormente.

En la aplicación de ésta y la anterior condición, cabe que se presenten circunstancias especiales que motiven más ó menos duda. Examinaremos algunos casos.

a) Cuando procede la división por líneas, como si son herederos el abuelo y la abuela paternos, y el abuelo y la abuela maternos si uno de éstos últimos vende á un extraño su derecho hereditario, ¿puede cualquiera de aquéllos ejercitar el retracto? Laurent vacila en esta cuestión, y cree que antes de hacerse la división de la herencia en dos porciones y adjudicar bienes determinados á cada línea, todos son coherederos; pero después, y antes de dividir dentro de cada línea, los de la línea contraria son extraños y no pueden retraer. En nuestro derecho, creemos que en todo caso han de estimarse coherederos todos los ascendientes, pues ó se ha practicado ó no en cualquier forma la partición. Después de hecha, no cabe el retracto; antes todos son condueños. Si queda sin dividir la parte correspondiente á una línea, ciertamente sólo los de ella podrán ejercer el retracto; pero ya no será como coherederos, sino como condueños.

b) Uno de los herederos muere después que el causante: ¿sus herederos pueden ejercitar el retracto? Como éstos suceden en todos los derechos del difunto, hay que admitir que cada uno de ellos sucede en el derecho de ejercitar el retracto en los casos en que proceda. Muerto uno de los herederos antes que el causante, ó siendo aquél incapaz ó estando desheredado, no es dudoso que los que sucedan por derecho de representación á ese cau-

sante son directamente sus sucesores, por lo que pueden desde luego ejercitar el derecho de retraer.

c) Si el heredero que ha vendido su derecho muere, y le sucede uno de los coherederos, ¿puede éste intentar el retracto? Como heredero del vendedor, no, ciertamente; pero como aparte de este carácter tiene ese heredero el de sucesor directo del causante, no cabe duda de que le corresponde el derecho de retraer, sin que pueda perderlo por esa circunstancia accidental. Como sucesor del vendedor no podrá, sin embargo, usar de su derecho contra el que compró á su causante, sino sólo contra los que compraron á otros coherederos, salva la doctrina del artículo 1023.

d) Uno de los herederos vende su derecho hereditario: ¿puede ejercitar el retracto cuando otro coheredero venda después el suyo á un extraño? Laurent sostiene que sí, porque el que vende queda como heredero, no es un extraño, acepta la herencia en el mero hecho de vender, y con arreglo á la ley, en su letra, no puede ser excluído. Dudosa es la cuestión; mas creemos que no debe concedérsele tal derecho. La ley habla del heredero que realmente lo sea, y que conserve este carácter en el momento de intentar el retracto. El heredero que vende todo su derecho hereditario, fué heredero, y mientras lo fué tuvo todos los derechos de tal; pero se desprendió de ese carácter, dejó de serlo por su voluntad, y perdió, por tanto, la facultad, entre otras muchas, de retraer. Ahora bien: si sólo vendió una parte de su derecho, queda como heredero, y es el único caso en que estimamos debe admitírsele con facultad de ejercitar la acción.

e) Un coheredero vende su derecho, y después compra el suyo á otro coheredero: ¿pueden los demás intentar contra él el retracto? Aun se presenta esta cuestión con caracteres más dudosos que la anterior, con la que, no obstante, guarda evidente analogía. Si el heredero, al vender, se desprendió del derecho hereditario en absoluto, dejó de serlo, quedó como extraño. Cuando después compra, sigue siendo un extraño, y creemos procede contra él el retracto. Nos afirma en esta idea la analo-

gía, casi la identidad, entre este caso y el de comunidad de bienes: el condueño que vende su indivisa participación en un objeto, deja de ser condueño y deja de ostentar los derechos de tal en cuantas relaciones se creen con relación á la cosa común: luego á los efectos del art. 1067 ha de considerársele como extraño.

f) El coheredero que vende con pacto de retro su derecho y lo readquiere ó recobra, ¿puede ejercitar el retracto contra un extraño que compra el derecho de otro coheredero? Estimamos que sí: no se ha desprendido en absoluto de su derecho, sino condicionalmente, y cumplida la condición lo ha readquirido, por lo que sigue siendo un coheredero.

g) El heredero condicional, ¿puede retraer el derecho vendido por otro coheredero sin condición? Ha de considerársele coheredero, y no vemos inconveniente en concederle ese derecho, aun antes de cumplirse la condición suspensiva, por más que en este caso puede muy bien sostenerse lo contrario. El heredero con condición resolutoria puede ejercitar el retracto, hasta tanto que la condición falte. Si esos herederos condicionales venden su derecho condicional á persona extraña, indudablemente los herederos sin condición pueden ejercitar el retracto.

h) El comprador del derecho hereditario, ¿será considerado como coheredero al efecto de intentar el retracto contra otro adquirente? Estimamos que no. El derecho de retraer es personalísimo, y, por tanto, no transmisible. El coheredero aceptante tiene ese derecho; pero si vende su participación hereditaria, pierde por su parte la facultad de retraer por dejar de ser tal coheredero, y no pasa dicha facultad al comprador por no ser transmisible.

Término.—El retracto sólo puede ejercitarse en el término de un mes. Los derechos de terceros adquirentes no pueden estar en lo incierto largo tiempo; la naturaleza excepcional de la acción requiere un término también excepcional y breve. Este término se cuenta, según el art. 1067, desde que la venta se les haga saber. Se deduce, por tanto, que los contratantes, ó alguno de ellos, deben hacer saber la venta á los coherederos, como

tendrá necesidad de hacerlo el comprador para que le tengan por parte en la partición.

No será preciso el requerimiento notarial, porque la ley no lo exige, siendo suficiente que se pruebe el hecho de haberse puesto la venta en conocimiento de los coherederos, por cualquiera de los medios de prueba que admite la ley, ó que éstos se den por enterados. La ley sólo exige que se les haga saber, y por tanto, podrá hacerse esta notificación judicial ó extrajudicialmente, para que desde aquel día corra el término del retracto. Está en el interés de los contratantes cumplir este requisito para dar seguridad á la enajenación, y en interes de todos, puesto que, si el retracto no se ejercita, el comprador ha de mezclarse en la partición de la herencia.

Por lo demás, desde que se realiza la venta es indudable que los coherederos *pueden* ejercer el retracto, gestionando extrajudicialmente, ó recurriendo, caso necesario, á la vía judicial.

El art. 1067 concede el derecho de retraer á todos ó á cualquiera de los coherederos. Si todos ó varios lo ejercitan, pueden reunirse para proceder de acuerdo, y debe ser aplicable el párrafo segundo del art. 1522, según el cual, cuando dos ó más quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo á prorrata de la porción que tengan en la cosa común.

Pero cada heredero puede obrar por sí sólo y en su exclusivo interés. Ejercitado el retracto por uno, ¿pueden después los demás intervenir pretendiendo el mismo derecho? Dentro del plazo legal es igual el derecho de todos, y ninguno debe sufrir perjuicio porque otro se le haya adelantado. Laurent objeta que, ejercitado el retracto por un coheredero, queda cumplido el fin de la ley, adquiriéndose un derecho moral que impide la división y la concurrencia. Sin embargo, nuestra opinión es, que si dos ó más coherederos, juntos ó separadamente, solicitan el retracto dentro del término legal, y antes de que se haya resuelto la cuestión á favor de uno de ellos, deberá resolverse el caso conforme al párrafo 2.º del art. 1522 antes citado. Pero si un coheredero

solicita el retracto después de haberse subrogado otro coheredero en lugar del comprador extraño, tendría que dirigir su acción contra aquél, y en este caso no cabe el retracto, conforme al art. 1067 que estamos comentando.

Hay que advertir que en Francia no se marca un término perentorio para el ejercicio de la acción.

Quinta. Ha de reembolsarse al comprador el precio de la compra. Y no sólo esto: el art. 1525 dice que en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en el art. 1518, y con arreglo á éste han de reembolsarse, además del precio: 1.º, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta; 2.º, los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida.

El requisito de reembolso del precio es indispensable para que el retracto tenga efecto. Los coherederos, dentro del término legal, han de intentar el retracto, mas no siempre conocen el precio en que se realizó la venta, y previendo este caso el artículo 1618 de la ley de Enjuiciamiento civil, núm. 2.º, establece, al tratar de la demanda para retraer, que debe consignarse el precio, si es conocido, ó dar fianza de consignarlo luego que lo sea. Pero hasta tanto que el comprador se halle completamente reintegrado, el retracto no se consuma, el derecho hereditario no pasa desde ese comprador al retrayente.

Indicaremos, por último, que las disposiciones relativas á los *retractos legales*, contenidas en el cap. 4.º, tít. 4.º del libro 4.º de este Código, serán aplicables como supletorias al retracto legal de que tratamos, en cuanto no se opongan á lo que ordena el artículo 1067. Allí examinaremos otras dudas y cuestiones que podrán ocurrir.

También dejamos para dicho lugar las relaciones entre el Código y la ley de Enjuiciamiento civil en lo que á los retractos legales se refiere.

II.—*Efectos del retracto.*

El art. 1067 los expresa al decir que los coherederos se subrogan en lugar del comprador. De conformidad con este precep-

to, el art. 1521 establece que el retracto legal es el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago. El art. 1067 sólo se refiere á la venta.

El retracto, como dice Laurent, no es una anulación de la venta ni una retrocesión. El contrato se mantiene eficaz, pero el retrayente se subroga en lugar del comprador, lo mismo en cuanto á los derechos que en cuanto á las obligaciones que resultan de la venta. El retracto no es, pues, una nueva enajenación.

Sobre esta base pueden fijarse los efectos del retracto. La personalidad del comprador, una vez debidamente reintegrado, desaparece, y toda relación queda establecida entre el vendedor y el retrayente. Dice Laurent que si el precio, por ejemplo, no fué satisfecho en todo ó en parte, el cedente debe proceder contra el cesionario y no contra el retrayente, puesto que con éste no contrató. Nosotros creemos que admitido el principio de que el retrayente se subrogue en el lugar del comprador con todos sus derechos y obligaciones, hay que aplicarlo con todas sus consecuencias. Es cierto que el vendedor no celebró contrato alguno con el retrayente; mas éste, al ejercer y realizar el retracto, aceptó voluntariamente todas las condiciones de la venta, y quedó obligado con el vendedor, y la ley, por otra parte, le coloca en el lugar del comprador, de tal modo que ha de entenderse que no hay más comprador que él, y que á él, por tanto, corresponden los derechos y las obligaciones de tal.

El contrato entre el comprador y el vendedor produjo, no obstante, efectos durante un tiempo más ó menos corto: pudo el primero hacer determinados gastos ú obtener utilidades; pudo transmitir ó gravar su derecho, etc. Para la aplicación de todas las relaciones que puedan crearse entre las partes ó respecto á tercero, nos remitimos al comentario de los arts. 1510, 1511, 1518, 1521 y 1522.

La ley del impuesto de derechos reales, art. 3.º, núm. 17, declara actos no sujetos á dicho impuesto las adquisiciones de

bienes ó derechos que se verifiquen á virtud de retracto legal, cuando el comprador ó adquirente contra el cual se ejercite aquel derecho hubiese satisfecho ya el impuesto. Esta regla es una aplicación del principio expuesto: no hay en realidad más que una venta y una transmisión, por lo que no cabe pagar el impuesto por dos.

Si el derecho hereditario no fué inscrito en el Registro de la propiedad á favor del comprador antes de ejercitarse el retracto, tal inscripción no es necesaria, pasando directamente el derecho, ó sin previa inscripción á nombre de dicho comprador, desde el vendedor al retrayente.

Declara el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Noviembre de 1900, que para intentar los coherederos el retracto á que se refiere el art. 1067, no es necesario que esperen la inscripción de la venta en el Registro, sino que basta que conozcan el hecho de la enajenación, esté ó no inscrita, cuyo hecho puede hacérseles saber en cualquier forma. Además, dichos coherederos no pueden ostentar el carácter de terceros respecto al comprador que inscribió sin limitación su derecho; puesto que la venta no se ocultó maliciosamente.

El art. 1067, declara el mismo Tribunal en sentencia de 12 de Febrero de 1904, no es aplicable, en los casos en que solamente se ejercita y con razón el retracto de comuneros, por tratarse de partes proindiviso de una finca.

Como requisitos esenciales para ejercitar la acción de retracto á que se refiere el art. 1067 del Código civil, la sentencia de 5 de Noviembre de 1908 estatuye que es necesario acreditar debidamente, entre otras circunstancias, que quien pretende subrogarse en lugar del comprador es coheredero, y que la venta del derecho hereditario se ha otorgado á un extraño antes de realizarse la partición, habiéndose de tener presente que, según doctrina del Tribunal Supremo, las manifestaciones de las partidas no son bastantes para justificar debida y legalmente aquella cualidad, con mayor razón si se trata de la acción de retracto, la cual, dado su carácter, más debe restringirse que ampliar-

se, porque no debe confundirse el hecho de haber heredado con el derecho á heredar, aunque éste dimane de la ley, y del cual aquéllas sólo son un principio de prueba por no constituirla sino del acto especial acerca del cual el Párroco ó el encargado del Registro puede certificar y de la fecha del mismo.

Concordancias.—Generalmente los Códigos civiles, tanto europeos como hispanoamericanos, no consignan dentro del título de la partición este peculiar derecho de los coherederos de rescindir la venta realizada por un heredero, antes de la partición, toda vez que dentro de los principios generales de la comunidad de bienes se concede el derecho de retracto á los condueños para subrogarse en el lugar del comprador, ajeno á la comunidad.

Por esta razón, los Códigos de Italia, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Salvador, Uruguay y Venezuela, omiten en esta materia el importante principio contenido en el art. 1067 de nuestro Código.

De los Códigos hispanoamericanos, además del de Honduras, cuyo art. 1174 es copia literal de el Código patrio que hemos examinado, merecen especial mención los de Guatemala y Méjico.

Tanto uno como otro conceden á los coherederos no el derecho de retracto, de naturaleza rescisoria, sino un derecho de preferencia, el derecho de tanteo.

Al efecto, establecen dichos Códigos que el coheredero que quiera enajenar su parte de la herencia, deberá *instruir* á los otros herederos de la enajenación y de sus condiciones, y que en virtud de este derecho los herederos serán preferidos en el tanteo, si le ejercitan dentro de los tres siguientes al aviso y cumplen además todas las condiciones impuestas al cesionario extraño.

Los Códigos expresados no reconocen este derecho en el caso dicho se está, que la enajenación se haga á un coheredero ó cuando se hace á un extraño por donación (arts. 1068 al 1070 del Código de Guatemala y 3803 al 3805 del Código civil de Méjico).

SECCION TERCERA

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

ARTÍCULO 1068

La partición legalmente hecha confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

En las *ideas generales* sobre *la partición* nos hicimos cargo de la cuestión relativa á si ésta debe estimarse un acto traslativo de propiedad ó simplemente declarativo.

La partición de la herencia pone fin al período de indivisión, período más ó menos largo, durante el cual han podido crearse relaciones diversas, ya entre los mismos coherederos, ya con relación á terceras personas. Además, sobre los bienes que constituyen la universalidad pueden existir determinados derechos anteriores al fallecimiento del causante, ya en favor de los coherederos, ya en favor de otros. Los efectos de la partición deben estudiarse bajo todos los expresados aspectos, ó sea principalmente en dos grupos: con relación á los coherederos entre sí, y con relación á terceros interesados.

I.—*Efectos de la partición con relación á los herederos entre sí.*

Respecto á frutos, accesiones, mejoras, pérdidas ó menoscabos, deudas ó créditos, etc., nos referimos al comentario de los arts. 1063 y 1064, y 1084 al 1087.

Respecto á colaciones, véanse los arts. 1035 al 1050.

Aparte de estas materias, cuya repetición ó anticipación en cuanto al pago de deudas, nos parece innecesaria, los efectos de la partición con relación á los coherederos son principalmente dos: uno de ellos, el más natural de todos, la cesación del estado de indivisión, la sustitución de la propiedad indivisa y limitada sobre todas las cosas de la herencia, por la propiedad exclusiva

sobre cosas ya determinadas; y otro, la obligación de saneamiento ó garantía de la cuota, á que se refieren los arts. 1069 al 1072. Sólo nos corresponde ocuparnos ahora del primero de dichos efectos.

La partición, legalmente hecha, dice el art. 1068, confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

¿Cuándo se entenderá la partición legalmente hecha? Se ha supuesto que la ley alude á la forma pública y solemne, y que exige la existencia de una escritura ante Notario. Nada menos cierto. Tal requisito podrá ser necesario (cuando realmente haya partición), para determinados efectos con relación á terceros; mas no lo es indudablemente á los efectos del art. 1068, que sólo se refiere á las relaciones entre los mismos coherederos, como lo demuestran sus palabras.

El art. 1068 exige que se cumpla la ley y nada más: que la partición comprenda los bienes del causante; que los partícipes sean los herederos; que se respeten las legítimas, mejoras, legados, etc.; que se guarden las reglas relativas á la imputación, colaciones, etc.; que las operaciones estén practicadas por el testador, ó por un contador nombrado por el causante, ó por los herederos mayores de edad y capaces; que en su caso hayan sido citados para el inventario los herederos, acreedores y legatarios, ó haya intervenido la aprobación judicial ó la del consejo de familia, etc., etc. En cuanto á la forma, á veces la escritura pública no será bastante (véase el comentario del art. 1060), mientras que por regla general y para las relaciones entre los herederos, no será necesaria. (Véase el comentario del artículo 1058).

La ley señala el efecto principal de la partición siempre y cuando que esté legalmente hecha. Ese efecto es el de conferir á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que determinadamente se le adjudiquen. Conferir, es conceder; atribuir, dar; la palabra *propiedad* indica el derecho verdadero ó presunto, real ó aparente, conferido sobre los bienes hereditarios; y se

califica de exclusiva ó absoluta, en contraposición á la propiedad anterior á la partición, que era una propiedad indivisa, y por lo mismo limitada, porque á un derecho abstracto, indeterminado, compartido con otros, y por lo mismo limitado, sustituye un derecho concreto, determinado, exclusivo y absoluto.

Así, por la herencia se transmite la universalidad de bienes y derechos del causante; pero se transmite el todo indeterminadamente á todos los herederos, y por lo mismo ninguno de éstos puede decirse propietario exclusivo de cosa alguna de la sucesión. Al realizarse la partición es cuando el derecho de cada heredero se individualiza y determina, y adjudicando cosas ó derechos particulares á uno de ellos en pago ó representación de su haber ó de su cuota indivisa, se adquiere por el adjudicatario la propiedad exclusiva de esos derechos ú objetos especiales, y se pierde toda partipación en las cosas ó derechos de la herencia adjudicados á los demas.

Este es el alcance del art. 1068. ¿Contradice la doctrina de la Dirección general de los Registros acerca de la inscripción de particiones ó del derecho hereditario? Según esta doctrina, los herederos pueden inscribir su derecho en el Registro de la propiedad aunque no exista escritura de partición, y pueden, por tanto, disponer del mismo derecho.

En efecto, según los arts. 657 y 661 del Código, por el solo hecho de la muerte de una persona, todos los derechos y obligaciones que le correspondían, se transmiten de derecho á sus sucesores. Si el heredero es uno solo, ó aun siendo varios, si no se dividen los bienes, no puede exigirse un documento público justificativo de una partición que no existe, y basta para la inscripción la presentación del testamento y partida de defunción del causante en caso de sucesión testada, ó la del testimonio del auto ó sentencia de declaración de herederos, en caso de sucesión intestada. Así lo reconocen las resoluciones de la citada Dirección de 27 de Mayo y 1.º de Julio de 1863, 2 de Marzo y 26 de Noviembre de 1864, 7 de Octubre de 1880 y 25 de Febrero de 1888.

Si las fincas están inscritas á nombre del causante, basta acompañar una solicitud describiéndolas, sin que sirva alegar que es un documento privado, toda vez que no es la solicitud, sino el testamento ó la ley, el título que ha de producir la inscripción. Cada coheredero puede solicitar que se inscriba la parte alícuota que le corresponda, con absoluta independencia de los demás. Según doctrina de la resolución de 14 de Diciembre de 1894, esta solicitud no es indispensable. Cuando se presente como conviene hacerlo, ha de extenderse el primer pliego, con arreglo á la nueva ley del Timbre, en el papel sellado correspondiente al valor de los bienes y derechos cuya inscripción se pretende.

Cuando el causante era casado, tiene que preceder la liquidación de la sociedad conyugal, ó acompañarse una escritura otorgada por el cónyuge sobreviviente acreditando que no existen gananciales, y en su caso, que la mujer se halla reintegrada de sus aportaciones matrimoniales.

Tal es la doctrina de la Dirección general de los Registros, que puede armonizarse fácilmente con la del art 1068. Cuando el heredero es uno solo, no puede hablarse de partición. La idea de partición supone la existencia de varias personas, partícipes de una cosa común. El heredero es uno solo cuando toda la herencia pertenece en usufructo á una persona y en nuda propiedad á otra: ambas integran la entidad propietario. ¿Qué división puede pretenderse? El testamento ó la ley son el título único justificativo de su derecho, sobre todo cuanto al causante perteneciese, á su fallecimiento, todo lo que dejase ó todo lo que resulte suyo, previa liquidación de la sociedad conyugal.

Para reclamar cualquier derecho perteneciente al finado, títulos de la Deuda depositados á su nombre, créditos simples ó con hipoteca, el dominio ó la libertad de una finca, etc., ó para inscribir en el Registro de la propiedad los inmuebles y derechos reales sobre los mismos que en él figuren inscritos á su favor, basta indudablemente presentar ese título, con certificación del acta de la defunción del causante, si fuere necesaria, ó

la del Registro general de actos de última voluntad en su caso. No hace falta escritura de partición desde luego, ni aun de manifestación ó descripción de herencia.

Conforme en todo con esta doctrina, declara la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1903, que el testamento constituye por sí sólo título traslativo del dominio de la herencia, sin necesidad de que para esa transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual sólo es necesaria para poner término á la comunidad inherente á la indivisión, cuando hay más de un partícipe, nunca cuando existe un solo heredero.

Aun cuando sean varios los herederos, mientras no medie entre ellos división, mientras sólo traten de hacer constar su derecho á la herencia, su cuota ó participación indivisa especial sobre todas y cada una de las cosas hereditarias, la solución es la misma. No hay más que un título por el que en esa forma indivisa se les ha transmitido cuanto existe en la sucesión, y en virtud del cual puede reclamarse cuanto al difunto perteneciese: el testamento ó la ley, el documento que acredite la última voluntad del causante, ó el documento que justifica la declaración de herederos por su fallecimiento intestado.

Cuando existe partición, ó cuando se trata de hacer constar un derecho extensivo sobre bienes determinados de una herencia, entonces aun sigue siendo ese testamento ó esa declaración de herederos el título primordial ó esencial que justifica la transmisión del causante ó sus sucesores, el título que acredita el derecho de éstos para dividir entre ellos los bienes, ó para recibirlos, ya separados y determinados, en partición hecha por un tercero competentemente autorizado al efecto. Pero ese título no basta: es preciso además que conste de algún modo, en una ú otra forma, según el objeto que se persiga ó los derechos que quieran hacerse efectivos, la existencia de la partición, porque sólo ella puede conferir, como dice el art. 1068, á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido especialmente adjudicados. Título este último traslativo ó declarativo, la Dirección general de los Registros nunca ha negado su nece-

sidad, aunque siempre la haya atribuído una importancia secundaria con relación á la ley ó al testamento, que en todo caso deben mirarse como título principal.

En este último supuesto se determina ya, por la partición, la personalidad del propietario de cada una de las cosas hereditarias, y ese propietario puede sin limitación, ó sólo con las limitaciones que especialmente resulten impuestas, disponer. ¿Puede afirmarse lo mismo en los demás casos, cuando no medie la partición, respecto á fracciones indivisas de los bienes, ó al menos, si el heredero es uno, sin una liquidación especial de la herencia al efecto de conocer las deudas?

Cuestiones son éstas extrañas á la materia de la partición. Cuando el heredero es uno, para los actos de disposición ha de atenderse á la forma de la aceptación pura ó beneficiaria. Cuando los herederos son varios, también es esa la primera circunstancia que debe tenerse en cuenta; pero además, para los actos de enajenación ó gravamen de sus indivisas participaciones por los herederos que aun no han practicado la partición, media un peligro: puede ocurrir que uno de los herederos, por deudas en favor de la herencia, ó por donaciones anteriormente recibidas y colacionables, no tenga en definitiva derecho alguno sobre ninguna de las cosas particulares de la sucesión. Si esos herederos inscriben su derecho y lo transmiten, ¿cuál es la garantía que queda á sus copartícipes para asegurar en su favor las porciones enajenadas por quien en último término resulta que nada pudo ó debió enajenar?

Este inconveniente no desvirtúa lo anteriormente expuesto, porque al inscribirse el derecho hereditario tan sólo con el título adecuado al efecto, que prueba la transmisión, no se pretende que en casos especiales, por fortuna raros, no pueda ser modificado lo inscrito por virtud de la partición; evidentemente, después de ésta todo se alterará, y al derecho indiviso sobre todos los bienes sustituirá un derecho exclusivo sobre cosas determinadas en la sucesión que se adjudiquen entonces, ó que fueron recibidas con anterioridad, por ejemplo, en virtud de donación.

En todo caso, antes de la partición, no existiendo aún ésta, no puede pretenderse que sin ella ningún derecho pueden los herederos ostentar.

Completaremos más tarde estas ideas, pues se relacionan con los efectos de la partición respecto á terceros.

Las sentencias de 11 de Junio de 1897 y 5 de Octubre de 1898, como consecuencia del art. 1068, señalan dos efectos de la partición. Después de practicada ésta, dice la primera de dichas sentencias, no cabe entre los coherederos la acción de petición de herencia, pues ellos mismos se han atribuído ó conferido los unos á los otros la propiedad exclusiva de los bienes hereditarios. Hecha la partición, declara la segunda, es improcedente el juicio de testamentaría; como que éste persigue precisamente la división que ya está efectuada.

La sentencia de 19 de Junio de 1902 declara que adjudicada en la partición una finca á un heredero, á él corresponde el precio de su expropiación, la acción para reclamar ese precio de quien lo percibió indebidamente y el derecho de ceder esa acción á quien quiera.

Aun cuando sin resolver cuestión alguna de fondo, sino meramente incidental y de referencia, pudieran consultarse las sentencias de 22 de Abril de 1903, 19 de Noviembre de 1904 y 4 de Abril de 1905, en las cuales se cita la doctrina contenida en el art. 1068 del Código.

Más concreta é íntimamente relacionada con este artículo es la de 26 de Enero de 1906. Como punto capital establece en ella el Tribunal Supremo, que si bien el heredero puede disponer, aun antes de publicarse la división, de la parte ideal ó indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquida y se haga la correspondiente adjudicación, carece de verdadero título de dominio, y, por consiguiente, no puede enajenar y gravar bienes concretos y determinados.

La sentencia de 22 de Diciembre de 1908, en aplicación del artículo 1068 y su concordante el 1095, se limita á declarar que desde que á un heredero ó copartícipe se le adjudica su haber, le corresponden los frutos ó productos de éste.

Ultimamente, para terminar la enumeración de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, la sentencia de 30 de Enero de 1909 afirma que el art. 1068 del Código civil no confiere al heredero derecho específico, cierto y efectivo sobre determinados bienes de la herencia, en tanto que por la partición legalmente hecha no se le hayan adjudicado.

II.—*Efectos de la partición con relación á terceros interesados.*

Estos terceros interesados podemos clasificarlos en dos grupos: *a*) Terceros con derecho sobre los bienes hereditarios anterior al fallecimiento del causante. *b*) Terceros con derecho sobre los bienes hereditarios posterior á ese fallecimiento y anterior á la partición.

a) *Terceros con derecho sobre los bienes, anterior al fallecimiento del causante.*—Los derechos anteriores al fallecimiento del causante y pertenecientes á terceros sobre los bienes hereditarios, no se modifican por la partición. Hay que aplicar el art. 405, cuyo precepto no puede ser más lógico y racional: «La división de una cosa común, no perjudicará á tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre ú otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan á un tercero contra la comunidad.» La cosa común, en la materia que nos ocupa, es la herencia: los derechos reales ó personales pertenecientes á terceros con anterioridad á la muerte se respetan en absoluto.

b) *Terceros con derecho sobre los bienes hereditarios posterior al fallecimiento y anterior á la partición.*—Los derechos á favor de terceros anteriores á la partición, y nacidos de actos realizados por los coherederos, requieren un examen más detenido.

Como dijimos en las *ideas generales,* la partición de la herencia envuelve en realidad un acto de traslación de la propiedad. Ha existido la indivisión ó comunidad de bienes, y con ella el derecho de cada partícipe sobre su porción ó cuota abstracta

para enajenarla ó hipotecarla, y existe luego la división de la cosa común, que sustituye aquella porción abstracta con bienes ó cosas concretas y determinadas. Al cedente ó enajenante sustituye en todo ó en parte el cesionario, y tiene derecho á intervenir en la partición.

Cuando se trata de una cosa particular común, y lo mismo cuando, aun tratándose de la herencia, se transmita por un coheredero su derecho hereditario ó su indivisa participación sobre todos y cada uno de los objetos de la herencia, la cuestión es indiferente. Acto traslativo ó declarativo la partición, los derechos adquiridos por un tercero pueden ser respetados sin perjuicio alguno para los coherederos, porque siempre al derecho indiviso sobre el todo sustituye un derecho exclusivo sobre cosas determinadas equivalentes en valor, existentes en el caudal ó recibidas anteriormente por el heredero.

Cuando todos los coherederos, de común acuerdo, consienten la imposición de un censo, de una servidumbre ó de una hipoteca sobre bienes de la herencia, ó transmiten algún derecho, tampoco hay cuestión: el art. 405 es aplicable, y los derechos de los terceros adquirentes son. respetados en absoluto, no pueden sufrir alteración, aunque después los bienes se dividan.

Pero cuando, tratándose de la herencia, se enajena ó grava por uno solo de los coherederos su indivisa participación en una ó varias cosas determinadas de la sucesión, la personalidad del coheredero no desaparece, él es el que debe intervenir en la partición. Al realizarse ésta, debe atenderse ante todo á la igualdad entre los partícipes, á la perfecta equivalencia entre la cuota abstracta anterior al acto y el derecho concreto posterior á él, por lo que es posible, más aún que posible, probable y casi natural, que aquella ó aquellas cosas determinadas sobre que recae indeterminadamente el derecho del tercero (cesionario ó acreedor) se adjudique, no al deudor ó cedente, sino á un coheredero distinto. ¿Qué hacer en tales casos? Respetar el derecho de ese tercero es imponer una limitación al coheredero, á quien tales cosas fueron adjudicadas sin intervención alguna de su

voluntad, y sólo por el consentimiento de otro coheredero, que, una vez hecha la partición, resulta que carece de todo derecho sobre los objetos que en parte enajenó ó gravó.

Y no es esto solo. Hasta que la partición de la herencia se realiza, imposible es determinar lo que á cada coheredero puede en definitiva, ni aun en abstracto, corresponder. ¿Dentro de qué límites podrán consentirse los actos de enajenación ó gravamen? En rigor no pueden marcarse esos límites, porque hasta es posible que al coheredero que grava ó enajena nada le corresponda percibir ó tomar de los bienes existentes al fallecimiento del causante, por haber recibido de éste durante su vida donaciones colacionables que excedan su porción, ó por deber otro tanto á la sucesión. En estos casos, ¿cuál es la garantía de los derechos adquiridos por un tercero? Si éstos se respetan y á los coherederos se les reserva la facultad de perseguir por acción personal al enajenante para ser indemnizados de los perjuicios que se les originen, ¿no puede ocurrir que el deudor resulte insolvente? ¿Y en qué principio de justicia podría fundarse la ley para consentir tan peligroso é inicuo resultado?

El legislador podía escoger entre las siguientes soluciones:

1.ª Prohibir en absoluto á los coherederos durante la indivisión todo acto de enajenación ó gravamen sobre cosas determinadas de la sucesión, facultándoles á lo más para disponer del derecho hereditario.

2.ª Respetar en absoluto la facultad de disponer cada heredero de la indivisa participación que le corresponda sobre todas y cada una de las cosas de la herencia, y respetar igualmente los derechos de los terceros adquirentes, reservando á los coherederos acción contra el que enajenó ó gravó.

3.ª Armonizar en lo posible las anteriores soluciones extremas, permitiendo la enajenación ó el gravamen con carácter condicional, según el resultado de la partición, y facultando á los terceros como interesados para intervenir en ésta, y para oponerse á la división, si llega á realizarse sin su concurso.

4.ª Admitir al tercero como partícipe en la cuota que repre-

sente su derecho, y adjudicarle, á ser posible, bienes equivalentes en la división.

Los Códigos de Méjico y Guatemala, aceptan el primer criterio: un coheredero no puede, durante la indivisión, enajenar ni gravar cosa alguna de los bienes hereditarios. En Méjico esta disposición es más lógica, puesto que toda herencia se entiende aceptada á beneficio de inventario.

El segundo es el derivado de la doctrina romana.

El tercer criterio es el seguido en Italia, Francia, Bélgica, Chile, Colombia, Ecuador y otras legislaciones. En ellas se aplica rigurosamente la regla de que cada heredero se reputa haber poseído exclusivamente, y desde el principio, los bienes que se le adjudican en la división, y no habar tenido nunca la propiedad de los otros bienes hereditarios. De aquí la doctrina sostenida por Laurent, Losana, y otros distinguidos jurisconsultos, según la cual, el tercero á cuyo favor vende ó hipoteca alguno de los copartícipes la participación indivisa que le corresponde en determinados objetos de la herencia, sólo adquiere un derecho condicional. La venta ó la hipoteca es eficaz si esos objetos se adjudican en la partición al vendedor ó hipotecante; queda sin efecto si se adjudican á otros herederos. Del mismo modo el acreedor particular de uno de los sucesores, antes de reclamar su crédito contra él, persiguiendo bienes hereditarios, debe pedir la división de la herencia, porque en otro caso, si embarga fincas ó participaciones de ellas, que después se adjudican á otro heredero, el embargo queda sin efecto y debe cancelarse.

En cuanto á la última solución, quizás la más lógica, aunque no exenta de inconvenientes, no sabemos que haya sido establecida en ninguna legislación.

¿Cuál es el criterio adoptado por nuestro Código? Su lugar oportuno sería esta sección, y dentro de ella el art. 1068. Pero éste nada resuelve sobre el particular. No niega la realidad del período de indivisión, ni admite, ni rechaza en absoluto, ni condicionalmente, la validez de los actos de enajenación ó grava-

men realizados durante el mismo. Se limita á afirmar, como efecto esencial de la partición, la individualización ó determinación que por ella se opera, sustituyendo á la participación abstracta en las cosas hereditarias, una parte concreta; á la propiedad indivisa en todo, una propiedad exclusiva en bienes determinados. Hasta puede afirmarse que erige la partición en título de propiedad distinto é independiente al de herencia, reconociendo con ello dos actos traslativos diversos, uno en el que los partícipes tienen por transmitente inmediato al testador ó causante de la sucesión, y otro en el que cada coheredero tiene como transmitente inmediato á los demás.

Al efecto que perseguimos, esto último es indiferente, porque por sí solo no resuelve la cuestión referente á la validez ó eficacia de los actos de enajenación ó gravamen de esas participaciones de cosas determinadas de la herencia, y la prueba está en que nuestro art. 1068 viene á coincidir con el 3808 del Código de Méjico y 1073 del de Guatemala, y, sin embargo, estos cuerpos legales, como hemos dicho, no consienten á los coherederos, durante la indivisión, enajenar ni gravar. Sería muy violento deducir del art. 1068 que, antes de la partición, los herederos no tenían propiedad indivisa, limitada en las cosas de la sucesión.

Hay que buscar, pues, en otro lugar el efecto que, con relación á dichos actos de enajenación ó gravamen, produce la partición, ya que el art. 1068 no puede por sí solo darnos claramente una solución. Revisando el Código encontramos, de una parte las reglas relativas á la comunidad de bienes, y de otra el art. 450, que aunque colocado en la materia de la posesión, establece, con relación á la cosa común, una regla idéntica á la que, en materia de división de herencia, fijan los Códigos de Francia, Italia y Chile y sus derivados de Ecuador, Colombia y Salvador.

Según el art. 450 de nuestro Código, «cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión.»

El precepto de este artículo se refiere á toda cosa, universal ó particular, poseída en común por varios, si bien estimando, como es lógico, la cosa universal como una unidad ó un solo objeto de posesión; de modo que á la posesión indivisa de la totalidad de cosas comprendidas en la herencia sucede la posesión ya dividida de esa misma totalidad, y se entiende que desde el principio cada partícipe ha poseído exclusivamente la parte determinada de cosas que le han correspondido en la división. En tal sentido, el art. 450 es aplicable á la posesión de una herencia y á su partición entre los coherederos, sin que en nada contradiga el precepto del 1068, que viene á ser una confirmación de la misma regla.

Y así vienen á confirmarlo también los arts. 399 y 403.

«Todo condueño, dice el art. 399, tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla ó hipotecarla. Pero el efecto de la enajenación ó de la hipoteca, con relación á los condueños, estará limitado á la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.»

Decimos aquí lo mismo que con relación al art. 450 hemos expresado. Para aplicar el 399 á la herencia, en rigor debe estimarse ésta como una cosa única, universal, de la que en su caso formarán parte hasta las donaciones colacionables hechas por el causante durante su vida, lo cual hace muy rara y difícil la aplicación al caso de concretarse la enajenación ó gravamen á porciones indivisas de cosas particulares existentes en la sucesión. Pero en la necesidad de aplicar algún precepto, y no siendo el del 1068 suficientemente expresivo para derogar en materia de herencia los de los artículos 450 y 399, á éstos nos hemos de atener.

Si, pues, los actos de enajenación ó gravamen realizados por un coheredero no han de poder perjudicar en caso alguno á los demás, y sólo afectan á la porción que al cedente corresponda en la partición, y si á ese heredero ha de permitírsele disponer de lo suyo en virtud de los artículos 657, 661 y 399, tales actos

de disposición son, desde luego válidos, pero tienen en nuestro Código, como en los de Francia, Italia y Chile, solamente una eficacia condicional. Si la cosa particular vendida ó hipotecada se adjudica al heredero vendedor ó hipotecante, el acto es eficaz; si se adjudica á otro partícipe, la venta ó la hipoteca se desvanecen, siguiéndose las reglas relativas á las condiciones resolutorias.

Para garantizar en lo posible la eficacia del acto de enajenación ó gravamen, el art. 403 concede al cesionario ó acreedor el derecho de intervenir en la partición: precepto que viene á confirmar, en materia de herencia, el art. 1083.

Los inconvenientes de este sistema, con relación á la herencia, pueden salvarse, cuando sea posible, con la intervención de los terceros interesados en la partición. Y, en último término, incierto é inseguro á veces el derecho del heredero sobre los bienes hereditarios, á nadie puede extrañar que la misma incertidumbre é inseguridad acompañe á los actos de enajenación ó gravamen que con relación á esos bienes realice.

Inscritos en el Registro de la propiedad esos actos, ha de aplicarse la doctrina de la ley Hipotecaria.

Concordancias.—El Código civil de la Argentina considera como uno de los efectos de la partición (art. 3537) que cada heredero ha sucedido sólo é inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido á sus coherederos; como también que el derecho á los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva é inmediatamente del difunto y no de sus coherederos.

Bolivia carece de precepto concordante con nuestro artículo 1068.

Chile, Colombia, Ecuador y Salvador reputan una vez hecha la partición al asignatario ó heredero como sucesor inmediato y exclusivo del difunto en todos los efectos que le hubieren cabido (art. 1344 de Chile, 1401 de Colombia, 1334 del Ecuador y 1243 del de la República de El Salvador.)

Guatemala (art. 1073), Honduras (art. 1175) y Costa Rica (artículo 561) y Méjico (art. 3808) concuerdan literalmente con nuestro Código en su disposición relativa á los efectos generales de la partición.

Uruguay, del mismo modo dispone en su art. 1126, que hecha la partición, cada coheredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todas las cosas que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en las otras cosas de la sucesión.

Venezuela sobreentiende, en diversos artículos que se relacionaran en las siguientes concordancias, los efectos generales y comunes de la partición señalados en el art. 1068 de nuestro Código.

ARTÍCULO 1069

Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados.

ARTÍCULO 1070

La obligación á que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos:

1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca, ó racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

2.º Cuando se hubiese pactado expresamente al hacer la partición.

3.º Cuando la evcición proceda de causa posterior á la partición, ó fuere ocasionada por culpa del adjudicatario.

ARTÍCULO 1071

La obligación recíproca de los coherederos á la evicción es proporcionada á su respectivo haber heredita-

rio; pero, si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que deba ser indemnizado.

Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él para cuando mejore de fortuna.

I.—*Evicción y saneamiento entre coherederos: diferencias entre esta acción y la de rescisión.*

Sirve de precedente á la doctrina de estos artículos la ley 9.ª, título 15, Partida 6.ª: «Por fazer partición de los bienes que han en vno los herederos viniendo delante del judgador, deueles de su oficio mandar, despues que la partición es fecha, que den recabdo los unos á los otros que si alguno otro extraño demandasse despues alguna cosa de las que cayessen en parte á alguno dellos, mostrando que ha derecho de la auer toda ó parte della, que si le venziere por juyzio, los otros herederos sean tenudos de fazerle emienda de aquello que assi perdía. Pero si el padre ó el testador partiesse el mismo la heredad en su vida entre los herederos á su finamiento, si despues que él finasse venciessen algunos dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos no serian tenudos de fazerle enmienda ninguna.»

Los arts. 1069 á 1071 regulan la obligación recíproca de los coherederos á la evicción y saneamiento.

El derecho á reclamar el saneamiento en caso de evicción, y el derecho á pedir la rescisión de la partición por lesión, tienen un fundamento común.

Es indiferente que la partición se considere acto traslativo de propiedad ó simplemente declarativo. Siempre resulta que á cada heredero corresponde en la sucesión una cuota, y que la partición tiene por objeto adjudicar á cada partícipe bienes determinados que representen esa cuota ó respondan de su efectividad, ya se entienda que dichos bienes determinados son los que se han po-

seído desde la apertura de la herencia, ó que esa posesión especial ha empezado como algo nuevo al practicarse la partición. ¿Representan los bienes adjudicados la cuota, y responden en efecto de ella? Ningún heredero puede quejarse. ¿No la representan ó no pueden responder por no pertenecer en todo ó en parte al causante ó á su sucesión? Tienen los perjudicados derecho á que por los demás se les indemnice ese perjuicio ó á que se practique de nuevo la partición.

A pesar de esta analogía ó fundamento común entre una acción y otra, difieren esencialmente en cuanto al hecho que las motiva, á sus efectos y á su duración.

La acción por evicción supone que el lote asignado á cada heredero representaba realmente la cuota que á ese heredero correspondía pero sufre después alteración mediante el ejercicio por un tercero de derechos especiales sobre los bienes adjudicados; de modo que perdiéndose esos bienes por el adjudicatario, su lote, y por consiguiente, su cuota, quedan incompletos.

La acción de rescisión por lesión supone, por el contrario, un error en el avalúo ó estimación de los bienes divididos, que da lugar á que un heredero sufra perjuicio por haberse atribuído á los objetos á él asignados mayor valor del que realmente tienen, ó á los asignados á los demás un valor inferior al verdadero, no representando, por tanto, su cuota.

La acción por evicción ó de garantía, suponiendo una pérdida posterior á la partición, experimentada por uno de los coherederos, no obliga á rehacer la partición, sino sólo á que los demás herederos resarzan el daño producido por la evicción, cualquiera que sea su importancia.

La acción de rescisión por lesión, por el contrario, en la mayoría de los códigos, y como regla general, tiende á dejar sin efecto la partición válidamente realizada, y á sustituirla por otra nueva; por lo que teniendo en cuenta la suprema conveniencia de la seguridad en los derechos adquiridos, la fácil variación en el valor de las cosas y la inevitable amplitud y variabilidad de criterio en el avalúo, sólo procede cuando el error

es de cierta consideración cuando excede de la cuarta parte, como dice el art. 1074.

Por último, la acción por lesión dura cuatro años; la acción por evicción no tiene señalado término especial, y aun varía según los casos.

La acción de saneamiento representa una garantía personal, que los herederos se prestan entre sí para el caso de que alguno de ellos sufra la evicción. Por eso Laurent, Losana y otros autores llaman á este derecho especial «garantía de la cuota», y á la acción procedente para hacer ese derecho efectivo, «acción de garantía».

II.—*Cuándo procede el saneamiento entre coherederos.*

El art. 1069 preceptúa que, hecha la partición, los coherederos quedan recíprocamente obligados á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, esto es, garantizasen los unos á los otros la realidad de la adjudicación. Las palabras *evicción* y *saneamiento*, quieren expresar, como con más propiedad se dice en otros artículos, que los herederos quedan obligados al *saneamiento en caso de evicción*.

El art. 1480 exige que recaiga sentencia firme privando al adquirente de la cosa ó de una parte de la misma. Los autores están, no obstante, conformes en admitir la idea con cierta amplitud; no es siempre necesario en materia de herencia, que por reclamación de un tercero, el coheredero sea depositario ó privado por sentencia firme de alguna de las cosas que se le adjudicaron: basta que experimente, aun sin sentencia, la pérdida de algún derecho por resultar probado que correspondía á un tercero y no al causante. Conformes, en efecto, todos los herederos en que un objeto hereditario no pertenece á la herencia, en que no puede defenderse la legitimidad de su pertenencia, sería injusto exigir que mediase un pleito y una sentencia completamente innecesarios. Esto no desvirtúa el alcance del art. 1480, que con relación á los herederos en la partición sólo puede sig-

nificar que contra la voluntad de éstos no cabe la obligación de sanear sino en virtud de sentencia de evicción; mas estando los herederos conformes, esa sentencia es innecesaria: la acción de saneamiento en este caso procederá mediante su consentimiento al reconocer el hecho real de la privación y el perjuicio que representa, en virtud de una causa legítima ó de un indiscutible derecho de tercera persona.

Por otra parte, el heredero sufre la evicción cuando se ve privado, no ya del dominio de lo que se le adjudicó, sino de cualquier otro derecho, de usufructo, de censo, de servidumbre, etc., ó cuando se le obligue á reconocer que sobre las cosas que se le asignaron existe en favor de alguna persona extraña alguno de los expresados derechos, que no se tuvo en cuenta por cualquier motivo al practicar la partición, y en tales casos puede exigir de sus coherederos el saneamiento.

Dudoso es si este saneamiento procede también por los vicios ocultos de los bienes adjudicados. El art. 1069 sólo habla de evicción; al mismo caso se refiere únicamente la ley 9.ª, tít. 15, Partida 4.ª; sólo de evicción se ocupan los arts. 1070 y 1071; y al saneamiento en caso de evicción, y no por vicios ocultos, son aplicables los artículos que con esta materia se relacionan en los Códigos extranjeros.

Dase por razón de esto que en caso de venta al comprador paga el precio por la cosa tal como parece ser; por lo cual, no siendo en realidad tal como aparenta, es justo que se le indemnice ó sanee, mientras que en la partición de herencia, todos los objetos, buenos ó malos, con ó sin vicios ocultos, han de dividirse, y como el perjuicio, en su caso, puede recaer sobre varios ó sobre todos, y no proviene del ejercicio de derecho alguno anterior sobre los bienes por terceras personas, sólo produce un error de estimación ó avalúo, que motiva, llegando al límite legal, la acción de rescisión por lesión, mas no la acción de saneamiento.

El art. 1035 del Código de Italia, como el 834 del Código francés, exigen que la evicción proceda de causas anteriores á

la partición. No lo dice así nuestro art. 1069; mas del núm. 3.º del art. 1070 se deduce de un modo evidente. Es lo natural que la evicción proceda de causas anteriores á la apertura de la sucesión; pero la ley no fija ese momento como línea divisoria, sino el de la partici n, porque en el tiempo intermedio puede haberse consumado en favor de tercero algún derecho sobre ciertos bienes, por ejemplo, por prescripción, y no es justo que la pérdida recaiga sólo en el heredero adjudicatario de ellos.

Losana no cita este caso, pero sí el de haberse constituído por todos los partícipes una hipoteca sobre una determinada finca de la herencia. Ciertamente, como esa hipoteca, y lo mismo cualquier servidumbre, usufructo, etc., que se constituya, debe subsistir aun después de hecha la partición, es justo que el heredero, á quien la finca corresponda, no sufra sólo el consiguiente perjuicio: pero también es cierto que en estos casos y otros análogos, los coherederos, puesto que todos consintieron, no deben desconocer la verdadera situación jurídica de los objetos asignados, siendo lo natural que en la misma partición se tenga en cuenta y se compense el gravamen, sin dar lugar á la acción de saneamiento.

En todo caso, el saneamiento no procede por una simple perturbación ó privación de hecho, como el ser inquietado en la posesión ó despojado de ella uno de los herederos, sino por la perturbación ó privación del derecho sobre los bienes.

Losana y Laurent presentan como casos dudosos los siguientes:

1.º La finca adjudicada á uno de los herederos se prescribe por un tercero. La prescripción empezó en vida del causante, mas fué consumada después de la partición. El heredero privado de ella, ¿puede reclamar de los demás el saneamiento? Losana sostiene que sí, en el caso de que al hacerse la partición faltase un breve plazo para prescribir. Laurent se decide por la negativa, y su opinión nos parece más jurídica. No debe distinguirse, sino afirmar ó negar. La posesión por cualquier tiempo mayor ó menor, que no complete el necesario para prescribir,

no priva al dueño de su derecho; esto supuesto, al realizarse la partición, la finca pertenecía aún á la herencia, y, por tanto, al heredero á quien se adjudicó; se pierde, después de divididos los bienes, por una causa (tiempo suficiente de posesión) que no existía antes, luego no procede el saneamiento.

2.º Asignada una finca con determinada cabida ó extensión superficial, y resultando menor, ¿procederá el saneamiento? Laurent lo afirma. Losana lo niega. Aquí el heredero no se ve privado de derecho alguno por un tercero. Si la finca se valuó á un tanto por unidad de superficie, hay sólo un error de valuación que podrá producir la rescisión por lesión en su caso. Si se valuó en conjunto, no queda ni aun ese recurso, á no haber error en el valor. De todos modos, y aun más, atendiendo á circunstancias especiales que pueden presentarse, como la de ser lo adjudicado parte de un inmueble dividido materialmente sólo entre algunos de los herederos, en cuyo caso la cuestión no afecta á los demás, creemos que el saneamiento por evicción, que es el admitido por la ley, no es un recurso propio y adecuado, por más que sea justa la indemnización del perjuicio si llega á cierto límite.

III.—*Efectos del saneamiento entre coherederos.*

La obligación del saneamiento en caso de evicción, en las particiones de herencia, comprende la indemnización al coheredero del valor de la pérdida experimentada en su lote ó adjudicación.

¿Cómo se calcula esta pérdida? ¿Ha de atenderse al valor de la cosa ó derecho perdido en el momento de la partición, ó en el momento de la evicción? También en este punto difieren las opiniones de Losana y Laurent. El art. 1478, con relación á la compraventa, exige la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción: ¿será aplicable el precepto á las particiones de herencia? Cierto que para el heredero eviccionado la pérdida está representada por el valor del objeto en el

momento de la evicción. Así, el objeto valía 10.000 pesetas, y por ese valor fué adjudicado á un heredero en la partición; después, por mejoras del heredero, duplicó su valor; ó por sus negligencias ó circunstancias transitorias, desmereció en la mitad. Al sufrir la evicción el heredero pierde en realidad 20.000 pesetas, ó sólo 5.000, según los casos. Pero, por una parte, ese aumento ó disminución son hechos posteriores á la partición, beneficios ó pérdidas que sólo en el dueño deben recaer. Por otra parte, en virtud de la evicción, resulta de hecho que el caudal hereditario ha sufrido alteración: si representaba 100.000 pesetas, al quitar ese objeto, queda reducido á 90.000, puesto que el objeto fué valuado en 10.000, y esta pérdida es la que debe sufrirse proporcionalmente por los herederos. Por último, si así no fuese, al valer el objeto más al tiempo de la evicción, este aumento perjudicaría á los demás herederos, que tendrían que abonar más, y si el objeto valía menos, los beneficiaría por tener que abonar menos, sufriendo todos perjuicio ó beneficio por causas posteriores á la partición, cosa que no creemos aceptable.

Sin embargo, en nuestro Código no hay más precepto que pueda ser aplicado que el del art. 1478, núm. 1.º, y, por tanto, es lo más legal indemnizar el valor del objeto en el momento de la evicción, con lo que se premia al propietario cuidadoso que gastó en mejorar, y se castiga al propietario negligente que no cuidó los bienes como debía. El art. 4115 del Código de Méjico, y 1077 del de Guatemala, conformes con el criterio de nuestro artículo 1478, dicen: «La porción que deberá pagarse al heredero que pierda su parte por evicción, no será la que represente su haber primitivo, sino la que le corresponda, deduciendo del total de la herencia la parte perdida».

Nosotros, como solución que nos parece más justa, distinguiríamos según la causa del aumento ó disminución en el valor de los bienes. Aumento ó deterioro imputable al adjudicatario, le sería indemnizado ó rebajado según los casos. Pérdida ó beneficio proveniente de caso fortuito, de la naturaleza ó del

tiempo, no se tendría en cuenta, fijando como valor del objeto el que tuviese en el momento de la partición.

Además del valor del objeto, ha de reintegrarse al heredero eviccionado, con arreglo al art. 1478, el valor de los frutos y rendimientos si se le hubiere condenado á entregarlos al que venció en el juicio, y las costas del pleito que haya motivado la evicción, y en su caso, las del seguido con los herederos para el saneamiento.

Los obligados á la evicción y saneamiento son los coherederos. ¿Dentro de qué límites? Si aceptaron puramente la herencia, han de abonar cuanto les corresponda. Si aceptaron á beneficio de inventario, hasta donde alcance el valor de los bienes del causante. Si, pues, teniendo en cuenta el valor de una finca de la herencia fueron pagados los acreedores y legatarios, y después un tercero reivindica y obtiene esa finca, el perjuicio recaerá sobre todos los coherederos, incluso el eviccionado, pero dentro de los límites de las fuerzas de la herencia líquida, por lo que sólo debe pagarse al heredero eviccionado con fondos de la sucesión, y en cuanto al resto no satisfecho, quedará al perjudicado acción contra los legatarios y aun contra los acreedores del difunto para reclamar lo que indebidamente ó por error les fué pagado. Este caso, sin embargo, ocurrirá pocas veces si la partición no se realiza hasta haber pagado á los acreedores conocidos y á los legatarios, porque en tal caso si á un heredero se le adjudica la finca, á los demás se les adjudicará un lote equivalente y podrán sanear; y si la acción se ejercita antes de partir, todos los herederos estarán en igualdad de condiciones para no reclamarse nada unos de otros, sino en su caso pedir á los legatarios primero y á los acreedores después, si fuese procedente, la devolución.

La obligación recíproca de los coherederos al saneamiento en caso de evicción, dice el art. 1071, es proporcionada á su haber hereditario respectivo, y si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos, en la misma proporción, deduciéndose la parte correspondiente al que

deba ser indemnizado, y conservando su acción los que paguen contra el insolvente para cuando mejoren de fortuna.

El precepto no puede ser más justo; el heredero eviccionado contribuye como los demás. El hecho es que se ha incluído entre los bienes hereditarios, y después en uno de los lotes, cosas ó derechos que correspondían á terceros, y que por lo mismo tienen que excluirse en definitiva. El caudal se disminuye y hay que rectificar esos lotes reduciéndolos todos. La ley no quiere, no exige que se proceda á nueva partición, como sería lo más lógico, por la perturbación que tal exigencia llevaría consigo; pero quiere que el perjuicio recaiga sobre todos los partícipes, como es justo, proporcionalmente á sus cuotas ó haber respectivo. La pérdida se reparte, pues, proporcionalmente entre el heredero eviccionado y todos los demás, y éstos abonan á aquél, en metálico ó en la forma que convengan, la cantidad ó el valor que les corresponda.

Si alguno de los herederos es insolvente, este hecho se traduce en un nuevo perjuicio, y la ley no quiere que este perjuicio recaiga solamente sobre el que sufrió la evicción, por lo que debe procederse á nuevo reparto proporcional entre los herederos solventes y á nuevo abono por los que no sufrieron la evicción.

Un ejemplo aclarará suficientemente la doctrina del artículo 1071.

Son herederos A., B. y C., por partes iguales. La herencia ascendía á 45.000 pesetas. A B. se le adjudicó sólo un inmueble por valor de 15.000 pesetas, del que fué privado legalmente después. La pérdida, que es de 15.000 pesetas, por no haber aumentado ni disminuído el valor del inmueble, se reparte entre los tres herederos, ó se rebaja del importe de la herencia, que es lo mismo. A. abona á B. 5.000 pesetas, C. otras 5.000, y las restantes las pierde el heredero B. Si A. fuese insolvente, de su parte responden B. y C., por lo que éste deberá abonar 2.500 pesetas más, sufriéndose así proporcionalmente el perjuicio.

Si los herederos fueron instituídos en porciones desiguales,

por ejemplo, A. en cuanto á la mitad, y B. y C. cada uno de ellos en cuanto á una cuarta parte, y el caudal asciende á 60.000 pesetas, al ser privado B. del inmueble, A. debe abonar 7.500 pesetas, y C. 3.750, y en caso de insolvencia de C., pagará A. 2.500 pesetas más. El heredero eviccionado contribuye en la proporción que corresponda.

El saneamiento constituye sólo una obligación personal. Los bienes de la herencia no quedan afectos en modo alguno al cumplimiento de la obligación, á no pactarse expresamente por los interesados.

Los que pagaron por el insolvente conservarán acción contra él.

IV.—*Cuándo cesa la obligación de los coherederos, relativa al saneamiento en caso de evicción.*

Más completo nuestro Código que los de Francia, Bélgica, Italia y Chile, señala, en armonía con los de Guatemala y Méjico, tres casos, ó más bien cuatro, en los que cesa esa obligación. Los examinaremos brevemente.

1.° «Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.» El testador es enteramente libre al practicar la partición, siempre que respete las legítimas procedentes, como hicimos ver al comentar el artículo 1056. Esto, sin embargo, no es realmente un obstáculo para admitir el saneamiento en caso de evicción, pues debe suponerse que el testador no preveía ese resultado, ni pudo querer que el perjuicio proveniente de la pérdida recayese sólo en uno de los herederos, tal vez el preferido por él. El art. 1070 decide como si no hubiese partición, sino más bien transmisión de cosas distintas á cada heredero con independencia de los demás; pero no sienta una regla inflexible, sino que admite su derogación en dos casos.

El testador, en efecto, puede establecer claramente la obliga-

ción, no sólo en caso de evicción, sino hasta por vicios ocultos, y además puede presumirse racionalmente que fué esa su voluntad, aunque no se formule de un modo expreso. El primer caso no ofrece duda alguna. El segundo puede dar lugar á cuestiones serias entre los herederos, porque no siempre habrá conformidad en la interpretación de la voluntad del testador. Cuando éste cuida en la partición de que á cada heredero se le reintegre por deterioro en los bienes hasta su fallecimiento por expropiación forzosa, venta hecha por el causante, etc., debe presumirse su voluntad de que el saneamiento se lleve á efecto. En caso de duda no hay que olvidar que la ley establece como regla general que el saneamiento no procede; por lo cual, para hacer valer la excepción, es necesario que se demuestre por aquel á quien interese que el testador quiere lo contrario. No habiendo acuerdo entre los herederos, resolverán los tribunales.

No apareciendo de la partición, ni presumiéndose racionalmente que el testador quisiese imponer entre sus herederos la obligación al saneamiento, cada uno de ellos sufrirá por sí solo en caso de evicción la pérdida consiguiente, mientras esta pérdida no traspase el límite, que nunca olvida el legislador: la legítima, que siempre ha de quedar salva al heredero forzoso. Al sufrir éste perjuicio en su legítima, ¿qué acción deberá entablar contra los demás coherederos? Creemos que su derecho es el reconocido en el art. 815. Al saneamiento contribuye, como uno de los obligados, el mismo heredero que sufrió la evicción, y en el caso supuesto el legitimario con nada ha de contribuir, pues sólo reclama lo que le falte para el completo de su legítima, y esa porción no puede sufrir merma ó disminución bajo pretexto alguno.

2.º «Cuando se hubiese pactado expresamente al hacerse la partición.»—Se trata de una obligación ó condición natural en toda partición, fuera de la hecha por el testador. No hay, pues, necesidad de expresarla ó hacerla constar. Cuando los interesados nada dicen, aceptan la ley, que habla por ellos.

Pero introducida esa obligación en beneficio de todos, pue-

den los favorecidos renunciar el derecho que de tal obligación se deriva. La ley sólo exige que se haga constar esa renuncia de un modo expreso al hacer la partición.

Pueden, pues, pactar los herederos en la misma partición que no quedarán obligados recíprocamente al saneamiento en caso de evicción, ya en absoluto, ya en cuanto á bienes determinados, y puede un heredero ó varios, movidos por cualquier estímulo ó consideración, renunciar, por su parte, al derecho que el art. 1069 les reconoce.

3.º «Cuando la evicción proceda de causa posterior á la partición.»—Véase lo expuesto anteriormente sobre este particular.

Una vez hecha la partición, cada heredero debe disponer y cuidar de lo suyo. Si por causas posteriores á ese acto se produce alguna pérdida ó perjuicio en los bienes adjudicados á un heredero, los demás no tienen, como es justo y natural, obligación alguna de compartir ese perjuicio ó esa pérdida.

4.º «Cuando la evicción fuese ocasionada por culpa del adjudicatario.»—Esta causa guarda relación con la anterior, en la que también debe presumirse cierta culpa en el heredero, y por esto el art. 1070 comprende ambos casos en un sólo número. Cabe, no obstante, separarlos, pues en último término, haya ó no culpa, el saneamiento no procede por causas posteriores á la partición, y mediando esa culpa no procede tampoco aunque la causa sea anterior.

El heredero que dió lugar á que el objeto, ó derecho sobre él, se perdiese por no hacer notificar la demanda á sus coherederos, no presentar documentos decisivos que tenía en su poder, no hacer valer la prescripción ya consumada, ú otras causas análogas, no puede pretender que sus coherederos le indemnicen la pérdida sufrida.

En este caso, como en los demás en que el saneamiento no proceda por la evicción sufrida, el heredero perjudicado no puede tampoco pedir la rescisión de la partición por lesión, cuya causa y efectos son muy diferentes.

Véase el comentario de los arts. 1475 á 1483, que en la venta tratan de esta materia.

Concordancias.—Los arts. 1069 al 1071 del Código español, concuerdan con el 884 y 885 del Código francés, 1085 y 1086 del de Italia, y 2159 al 2161 del de Portugal.

Salvo ligeras modalidades, contienen las mismas disposiciones que nuestro derecho con respecto á la obligación recíproca de evicción y saneamiento entre los coherederos, el Código de la Argentina en sus arts. 3541, 3542 y 3544, y los de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador en los arts. 1345 al 1347 del 1.º, 1402 al 1404 del 2.º, 1335 al 1337 del 3.º y 1244 al 1246 del 4.º

Guatemala asienta las mismas obligaciones de indemnizar en caso de evicción de los objetos repartidos en sus arts. 1074 al 1076.

Honduras transcribe los artículos de nuestro Código en sus correlativos 1176 al 1178.

Costa Rica asienta el principio general en el art. 562.

Del mismo modo Méjico sigue la doctrina general en los artículos 1875 y 3809 al 3814.

Uruguay, en sus arts. 1127 al 1131, trata de las obligaciones recíprocas de saneamiento por evicción de las cosas que cupieron á los coherederos en sus respectivos lotes ó hijuelas, con la misma extensión y limitaciones que nuestro Código.

Ultimamente, Venezuela, examina en los efectos de la partición y de la garantía de los lotes las obligaciones de los coherederos de mutuo saneamiento por las perturbaciones y evicciones procedentes de causas anteriores á la partición, excepciones y límites de esta responsabilidad en sus artículos 1021 y 1022.

ARTÍCULO 1072

Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responderán de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacerse la partición.

Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad; pero, si se cobran en todo ó en parte, se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los herederos.

No tiene este artículo precedentes en nuestro antiguo derecho.

Se trata en el art. 1072 de un saneamiento ó responsabilidad especial. En rigor, los créditos, como bienes comprendidos en la herencia, siguen la regla general en caso de evicción. Si se da como existente un crédito que nunca ha existido, ó que ya fué pagado, ó que ha prescrito, ó se condonó, etc., el heredero adjudicatario experimenta una pérdida, de la que debe ser indemnizado por los demás, con arreglo á los arts. 1069 al 1071.

En el 1072 la cuestión es distinta: el crédito existe, pero el deudor es insolvente. No hay reclamación de tercero; no se quita al adjudicatario el derecho que se le asignó; pero el resultado es el mismo, porque el lote ya no representa la cuota, porque hay una pérdida, un perjuicio que en justicia debe recaer sobre todos los coherederos.

Al efecto, el art. 1072 distingue, siguiendo el espíritu del número 3.º del art. 1070, según que la insolvencia del deudor existiese ó no al practicarse la partición. Si la insolvencia es posterior y el crédito está vencido, culpa es del adjudicatario no haber cobrado oportunamente, y en él solo recae el perjuicio. Si la insolvencia existía ya al hacerse la partición, el adjudicatario no puede cobrar, no tuvo culpa alguna, y debe ser indemnizado proporcionalmente por los demás del modo antes expuesto.

Si se trata de créditos no vencidos aún al hacerse la partición, el art. 1072 nada resuelve; pero parece justo que los coherederos respondan de la insolvencia del deudor, si ya existe al ser el crédito exigible, pues antes no había derecho para reclamar, y cesa esa responsabilidad si en ese momento el deudor era

solvente y el adjudicatario dejó pasar la oportunidad de obtener el cobro.

El art. 1072 no distingue al hablar de créditos. El Código de Italia establece una regla especial en su art. 1037 con relación al deudor de una renta: los coherederos responden durante un quinquenio, á partir de la división. En nuestro derecho no puede admitirse dicha excepción: deuda principal, cualquiera que sea su causa, pensiones, rentas, intereses, etc., todo queda subordinado á la regla general. A partir de la división queda á cargo del adjudicatario si en ese momento, siendo el crédito exigible, el deudor es solvente.

El último párrafo del artículo prueba que la ley, en el primero, se refiere á los créditos probables. Puede ocurrir que un crédito se adjudique por menor cantidad que la que represente su importe, teniendo en cuenta circunstancias especiales. En tal caso, si el deudor fuese insolvente al tiempo de la partición, los coherederos no responderán del total del crédito, sino de la cantidad por que tuvo efecto la adjudicación.

La responsabilidad especial á que se refiere el art. 1072 en su primer párrafo, cesa en los casos 1.º y 2.º del 1070. El 3.º no es aplicable, pues dicho art. 1072 sustituye su precepto en la forma expuesta, que sólo hace relación al estado de insolvencia del deudor, anterior ó posterior á la partición.

En cuanto á los créditos calificados de incobrables, no representan valor alguno en la sucesión, de modo que si no se cobran, como se supone de antemano, no hay responsabilidad en nadie. Si contra lo previsto, se llegasen á cobrar en todo ó en parte, la herencia se aumenta, y el beneficio debe recaer en todos los coherederos, por lo cual, lo percibido manda la ley que se distribuya proporcionalmente entre ellos, á no haberse pactado de un modo expreso una cosa distinta.

Concordancias.—El Código de Francia en su art. 886, establece análogos preceptos que el 1072 del Código civil español, si bien sólo con relación á las rentas. El de Italia, art. 1037, concuerda con el de nuestra patria en su primer inciso.

Argentina dispone (art. 3543) que los coherederos están igualmente obligados á garantizarse, no sólo la existencia en el día de la partición de los créditos hereditarios que les han correspondido, sino también la solvencia á esa época de los deudores de esos créditos.

Guatemala, en su art. 1080, establece iguales disposiciones que el párrafo 1.º del art. 1072 del Código español, y por el artículo 196 del Decreto de Reformas que modificó el art. 1081 de aquel Código, añade que por los créditos incobrables adjudicados como tales no hay responsabilidad.

Honduras transcribe literalmente nuestro precepto en su artículo 1179.

Méjico, en sus arts. 3815 y 3816, establece, análogamente que el de Guatemala, los mismos extremos que el Código español.

Uruguay también concuerda. Los coherederos, dice el artículo 1133 de su Código, no se *garanten* recíprocamente la solvencia posterior del deudor hereditario, y sí sólo que éste se hallaba solvente al tiempo de la partición. La garantía de solvencia no puede ejercerse sino en los tres años siguientes á la partición.

Venezuela determina que la garantía de la solvencia del deudor de una renta no dura más de cinco años después de la partición, y que no ha lugar á la garantía por la insolvencia del deudor, si ésta ha sobrevenido á la partición (art. 1023).

Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Salvador y Perú, carecen de preceptos concordantes con nuestro art. 1072.

SECCION CUARTA

DE LA RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN

ARTÍCULO 1073

Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones.

La partición representa un contrato entre los coherederos, del que nacen derechos y obligaciones. Natural es que ese con-

trato se rescinda, y aun se anule, por las mismas causas que las obligaciones.

El Código de Chile, art. 1348, dice que las particiones *se anulan* ó se rescinden. La palabra *rescisión*, en el art. 1073, hay que entenderla en un amplio sentido, como sinónima de quedar sin efecto la partición.

Siguiendo, pues, las reglas establecidas para los contratos, debemos deducir que la partición no existe cuando en ella falta consentimiento, objeto ó causa. Si, pues, no hay conformidad entre los herederos, ó los que se dividen los bienes no tienen derecho á ellos, ó la partición recae en cosas que no son de la herencia, ó se practica antes de morir el causante, el acto es esencialmente nulo, inexistente, como es tal vez más propio, sin que quepa confirmarlo ó darle validez. Sin embargo, si los herederos intervienen y consienten todos en la partición, aunque en ella se haya mezclado un extraño, ó si se dividen todos los bienes hereditarios ó su mayor porte, aunque se incluyan indebidamente otros objetos ó se altere alguna cuota, la partición adolecerá de otros vicios, mas no puede decirse inexistente.

En los arts. 3818 y 3819 del Código de Méjico y 1083 y 1084 del de Guatemala se establece una distinción muy racional entre particiones extrajudiciales y judiciales: éstas se rescinden en los casos y forma que establece el Código de procedimientos. Nuestro art. 1073 se refiere á las particiones en general, aunque más propiamente á las convencionales, pues en la practicada por el testador no existe en realidad contrato entre los herederos.

Los contratos se anulan cuando en ellos media algún vicio que los invalida con arreglo á la ley. Los arts. 1263 al 1265 señalan como vicios de carácter general la falta de capacidad en los contratantes, y el error, violencia, intimidación ó dolo. Hay que admitir la misma doctrina con relación á las particiones.

Determinadamente en cuanto al error, el Código prevé ciertos casos especiales. La inclusión indebida de cosas no pertenecientes á la herencia, producirá la evicción y el saneamiento

consiguiente (arts. 1069 al 1071). La omisión de ciertos objetos hereditarios sólo motiva su adición y división suplementaria (artículo 1079). El error en la valuación es la causa de la rescisión por lesión (arts. 1074 al 1078). La preterición de un heredero obliga sólo á pagar á éste los demás proporcionalmente la parte que le corresponda (art. 1080). La admisión como heredero de uno que no lo sea realmente, anula la partición (art. 1081). La equivocación en las cuotas reconocidas á los partícipes, debe enmendarse en forma análoga á lo prescrito en el art. 1080, y lo mismo el simple error de cálculo ó de sumas por el que sólo aparentemente resulte la debida igualdad ó proporción en los lotes, pues sólo motiva la rectificación ó subsanación del mismo. La equivocación en la cabida ó extensión superficial de las fincas, si sirvió de base á su estimación, provocará la rescisión cuando el error en el avalúo llegue á la cuarta parte, etc.

Los contratos se rescinden en los casos que expresa el artículo 1291. Los núms. 1.º y 2.º de este artículo no son aplicables á las particiones, pues en éstas la rescisión por lesión, admitida con más generalidad, es objeto de los arts. 1074 al 1078. Los derechos de los acreedores de la sucesión ó de los herederos se estudian en los arts. 1082 á 1087, á cuyo comentario nos remitimos.

Como interpretación del art. 1073, la sentencia de 19 de Abril de 1904 en sus fundamentos doctrinales afirma que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones; y declarada la rescisión y nulidad de unas operaciones divisorias, de conformidad con lo pedido por el demandante, en los extremos relativos á la adjudicación indebida de bienes para pago de deudas que ya estaban satisfechas, no puede aducirse fructuosamente la infracción del art. 1073 fundándola en que no fué anulada toda la operación particional, porque la rescisión alcanzó precisamente á aquellos puntos en que quedó demostrada la falsedad de la causa.

También con relación al artículo que nos ocupa, y á los 1074, 1075, 1079 y 1080, el Tribunal Supremo ha establecido ciertos

principios generales en sentencia de 2 de Julio del mismo año 1904. Tratábase de un testamento en el que el causante, careciendo de herederos forzosos, ordenaba la venta de sus bienes por los albaceas. Adjudicáronse éstos los bienes para cumplir la voluntad del testador, y después de vendida una finca, se declararon herederas forzosas del causante dos hijas naturales, anulándose el testamento y los actos realizados por los albaceas, en cuanto se menoscabasen los derechos de aquéllas. Pedida la nulidad de la venta, el Tribunal Supremo mantiene su validez, fundándose en que el acto en la época en que se realizó fué perfectamente válido, y en que tampoco procedía la rescisión por no haber perjuicio, ya que quedaban en la herencia bienes suficientes para pagar á las hijas naturales su legítima, única cosa á que tenían derecho. Según aparece, dice uno de los considerandos de esta sentencia, de los preceptos del Código civil que regulan la materia de las particiones, al prescribirse en ellos las condiciones de posible igualdad en que debe hacerse entre los interesados en una herencia, y establecerse en determinados casos la rescisión de las mismas, es sólo con el objeto y fin práctico de que á dichos interesados se les indemnice el perjuicio que pueda habérseles irrogado, sin que sea, por lo tanto, procedente pretender la nulidad de determinados actos, cuando en sí no encierren ni contengan vicio de nulidad, como no sea como único y extraordinario remedio para lograr la reparación de perjuicios reales y efectivos, en cuyo principio general se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los artículos 1073, 1074, 1075, 1079 y 1080 del referido Cuerpo legal.»

Concordancias.—Concuerda el artículo con el 887 del Código francés, 1038 del de Italia y 2163 del de Portugal.

Argentina y Bolivia, no tienen precepto concordante, dejan la rescisión de las particiones á la meteria general de las obligaciones.

Chile (art. 1348), Colombia (art. 1405), Ecuador (art. 1338) y Salvador (art. 1247), disponen que las particiones se anulan

ó rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

Guatemala (art. 1083) del mismo modo dice que las particiones hechas extrajudicialmente, sólo pueden ser rescindidas en los casos en que lo pueden ser los contratos en general, y que las hechas judicialmente (art. 1084), en los casos y forma que establezca el Código de procedimientos. Méjico, como ya se dijo, marcha en esta ocasión al unísono con el Código guatemalteco (arts. 3818 y 3819).

Honduras (art. 1180) y Costa Rica (art. 563) siguen literalmente al Código español.

Uruguay, en la sección relativa á la nulidad ó rescisión de la partición, dispone que lo establecido sobre el dolo y la violencia en materia de obligaciones y contratos, tiene también lugar en la partición de la herencia (art. 1134).

Por último, y para terminar esta enumeración de concordancias con los Códigos hispano-americanos, el de los Estados Unidos de Venezuela, con su habitual laconismo, expresa que las particiones pueden rescindirse por causa de violencia ó de dolo (párrafo 1.° del art. 1024).

ARTÍCULO 1074

Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

ARTÍCULO 1075

La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos ó de que aparezca, ó racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador.

ARTÍCULO 1076

La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

ARTÍCULO 1077

El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño ó consentir que se proceda á nueva partición.

La indemnización puede hacerse en numerario ó en la misma cosa en que resultó el perjuicio.

Si se procede á nueva partición, no alcanzará ésta á los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo.

ARTÍCULO 1078

No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo ó una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados.

Las leyes antiguas admitían la rescisión por lesión en la compraventa; mas no se ocupaban de esta materia al tratar de la partición.

Los arts. 1074 al 1078 tratan de una rescisión especial en materia de particiones. El Código, como se ve en el art. 1293, es enemigo de la rescisión por lesión en los contratos; la admite, si embargo, en las particiones de herencia, por juzgar que en ellas el derecho no puede ser más fundado y justo.

Respecto al fundamento de ese derecho y de la acción que origina, y sus diferencias esenciales con el derecho al saneamiento en caso de evicción, nos referimos á lo que quedó expuesto al comentar los arts. 1069 al 1071.

Mas la ley no permite que la partición sea impugnada por cualquier lesión que pueda existir. El criterio para la estimación ó avalúo de los bienes ofrece suma variabilidad, atendiendo á distintos puntos de vista que pueden dar por resultado el que, aun en relación á personas peritas, valga para unos 90 lo que otros calculan en 100. Por otra parte, la igualdad ó proporción

matemática exacta es dificilísima, y, sobre todo, las acciones rescisorias tienden á dejar un acto ó contrato sin efecto, ocasionando por lo mismo gran perturbación en las relaciones jurídicas creadas; por lo que la ley, mirando por la estabilidad ó firmeza de la partición, y tratando de evitar cuestiones entre los herederos por lesiones sin importancia, exige que esa lesión llegue á la cuarta parte para que en ella pueda fundarse la evicción.

Las particiones, dice el art. 1074, podrán ser rescindidas por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

Las particiones, ¿qué particiones pueden ser rescindidas por causa de lesión? Puede afirmarse que todas, hechas por el testador, los herederos, ó contadores nombrados por aquél ó por éstos, aprobados ó no por el juzgado ó por el consejo de familia. judiciales ó extrajudiciales, ya se refieran á todos los bienes ó á una parte de ellos, y subsista ó no la indivisión con relación á algunos herederos, esto es, ya sean totales ó parciales.

Limitadísima es la doctrina del Tribunal Supremo respecto al alcance del art. 1074. La sentencia de 31 de Diciembre de 1903 limítase á declarar que no es estimable la infracción del artículo 1074 en relación con el 1079, alegados en el sentido de haber sufrido el recurrente lesión en más de la cuarta parte de su valor ó haberse omitido bienes pertenecientes á la herencia, cuando consta por documento que recibió lo que legítimamente le correspondía por el testamento, y á mayor abundamiento no ha justificado la existencia de más bienes de los incluídos en el inventario practicado en los primeros momentos.

Asimismo, la sentencia de 19 de Abril de 1904, dispone que probado á juicio de la Sala sentenciadora que el albacea no recibió los valores y alhajas que se dicen omitidos en la operación particional, no procede aplicar ni cabe reputar infringido el art. 1074, que parte del hecho de una depreciación injusta por más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicados, y no de una omisión de objetos ó valo-

res de la herencia, porque este caso no se rige por el artículo 1079.

La única excepción es la consignada en el art. 1075. La partición hecha por el difunto sólc puede ser impugnada, por causa de lesión, en los tres casos siguientes:

a) Cuando se perjudique la legítima de los herederos forzosos.

b) Cuando el testador, al hacer la partición, expresamente establezca que pueda ser rescindida por causa de lesión.

c) Cuando racionalmente se presuma que fué esa su voluntad.

Véase lo expuesto sobre estos particulares al comentar los artículos 1056 y 1070, el último de los cuales guarda íntima relación con el que examinamos.

En el primer caso, el art. 1075 autoriza al heredero forzoso para pedir la rescisión de la partición en cuanto se perjudique la legítima, pues debe percibirla íntegra y sin gravamen alguno. En los otros dos, la rescisión sólo procede, según las reglas generales, cuando haya lesión en más de la cuarta parte. El heredero forzoso puede entablar la acción rescisoria ó la acción de complemento de legítima.

La lesión, perjuicio ó error en la estimación ha de llegar, fuera del caso expresado, á la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios que realmente correspondan al heredero en la división. Esto prueba que para calcular el importe de la lesión es necesario tener en cuenta:

1.° El valor verdadero de todos los bienes de la herencia.

2.° La cuota del heredero, y con ella el valor que deben tener los bienes que se le adjudiquen.

Y 3.° El valor real, al tiempo de la partición, de las cosas que se le adjudicaron, y si se hizo pago con bienes colacionados por el mismo heredero, el que tenían estos bienes al tiempo de la donación.

Si este último valor es inferior en una cuarta parte ó más al que debe representar su cuota, la lesión legal existe, y es

procedente la rescisión. No habiendo conformidad en cuanto al verdadero valor de los bienes, la estimación habrá de hacerse por peritos ó judicialmente.

No basta, pues, que los bienes adjudicados á un heredero hayan sido apreciados en el doble de su valor, si la misma exageración existe en los lotes de los demás. Ni basta que un heredero obtenga por error de apreciación un beneficio de un tercio y más sobre su cuota, si ninguno fué lesionado en la expresada cuarta parte.

Aclararemos esto con ejemplos:

Los bienes hereditarios cuyo valor real era de 50.000 pesetas, fueron apreciados en 30 000 ó en 80.000, teniendo todos el mismo aumento ó disminución proporcional. Los herederos son dos. Aunque uno de ellos justifique que se le adjudicaron por 40.000 bienes que valían sólo 25 000, ó que á su coheredero se le adjudicaron por 15.000 bienes, cuyo valor era de 25.000, la rescisión no procede, porque, restablecida la verdad, no existe perjuicio.

Los herederos en partes iguales son tres: A., B. y C., y el caudal 90.000 pesetas, según avalúo. Resulta después que los bienes adjudicados á A. y á B. valían 30.000 pesetas los de cada uno; pero los asignados á C. tenían realmente un valor de 42.000. Aunque éste obtiene un beneficio de más de la cuarta parte, ninguno de los otros puede pedir la rescisión, porque ninguno de ellos ha sufrido lesión en más de dicha cuarta parte, como exige la ley. El procedimiento en este caso, para apreciar si existía ó no lesión, habrá de ser el siguiente: valor real de los bienes hereditarios 30.000+30.000 + 42.000=á 102.000. Cuota de cada heredero, 34.000. Bienes adjudicados á A. ó á B., 30.000. El perjuicio es de 4.000, y como la cuarta de los 34.000 de su cuota son 8.500, necesario sería que la lesión llegase á esta cantidad individualmente, ó con relación al heredero perjudicado, para que procediese la rescisión por lesión.

Si la partición en que existió error en el avalúo fué parcial, ha de tenerse en cuenta si posteriormente en otra, también par-

cial, fué compensada la lesión, porque pudo ésta existir en la primera (división de los muebles, por ejemplo), y haber obtenido el heredero que se queja, en la partición segunda ó complementaria (de inmuebles, por ejemplo), un beneficio superior á la lesión, ó que la limite á menos de un cuarto.

Esto no obsta á que la rescisión sea procedente si sólo ha existido una partición parcial y quedan varios bienes sin dividir, y, por tanto, con un derecho en ellos igual ó proporcionado á su cuota todos los partícipes, siempre que la lesión exceda de la cuarta parte con relación á los bienes divididos. Pero en este caso lo natural es que, sin dar lugar á formal demanda, se compense con los bienes aún indivisos el perjuicio que se ocasionó.

Para apreciar el importe de la lesión, ha de atenderse, como ordena el art. 1074, al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Si después de hacerse la partición, ese valor ha aumentado ó disminuído por causa de la naturaleza ó del tiempo, ó por actos del heredero, esta circunstancia es accidental y no debe ser tenida en cuenta.

Esta regla tiene una excepción natural. Al reconstituir el valor de los bienes hereditarios para apreciar si existe ó no lesión en más de la cuarta parte, han de tenerse en cuenta las donaciones colacionables. Ahora bien: sabido es que para apreciar los bienes comprendidos en estas donaciones se atiende á su valor, no en el momento de la partición, sino en la época de la donación. Luego respecto á esos bienes no ha de atenderse á su valor cuando fueron adjudicados en la división, sino al valor con que en ésta deben figurar con arreglo á la ley, ó sea el que al tiempo de la donación tuviesen en realidad.

Hemos dicho que la acción corresponde al heredero que sufrió la lesión; mas también pueden ejercitarla en su nombre sus acreedores cuando dicha lesión les perjudique, pues así lo autoriza el art. 1111.

El derecho de ejercitar la acción cesa en los casos siguientes:

1.º Cuando la partición esté practicada por el mismo testa-

dor, á no ser que perjudique la legítima de los herederos forzosos, ó que aparezca ó racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del causante (art. 1075).

2.° Cuando hayan transcurrido cuatro años desde que se hizo la partición (art. 1076).

3.° Cuando el heredero que reclame la lesión hubiera enajenado el todo ó una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubiesen sido adjudicados (art. 1078).

Esta última excepción se admite en los Códigos de Francia é Italia, pero no con relación á la acción de rescisión por lesión, sino á la acción de nulidad por causa de violencia ó dolo, fundándose en que los actos de enajenación suponen la confirmación del acto ó su aceptación, como si se hubiese celebrado válidamente.

Fundándose la acción de rescisión en un error, pudiera sostenerse que cuando, después de reconocido ese error por el adjudicatario, enajena los bienes, se conforma con él, y, dando por bien hecha la partición, la confirma. Existe además otra razón: la acción tiende á dejar la división sin efecto y á practicar otra nueva; pero, como veremos, la rescisión no afecta á los derechos de los terceros adquirentes de los bienes, de modo que en la nueva partición no pueden entrar los bienes enajenados, sino su equivalencia, y por esto, cuando esos bienes, por su naturaleza y fácil sustitución, como ocurre en los muebles, ó en relación con el total de los adjudicados ofrezcan una proporción relativamente pequeña, el obstáculo es fácil de salvar y puede prescindirse de él: mas, cuando el adjudicatario enajenó el todo ó una parte considerable de los bienes inmuebles, la nueva división no puede propiamente practicarse, porque ya no se dividirían los mismos bienes de la herencia, sino otros distintos. Aun en este caso podía haberse negado la rescisión, mas no el derecho á la indemnización de la lesión, y creemos, como después veremos, que se niegan ambas cosas.

La palabra *enajenación* debe entenderse en un amplio sentido, abarcando también la imposición de gravámenes sobre bienes

inmuebles ó constitución de derechos reales en los mismos, puesto que producen la misma perturbación y dificultades, y representan la misma confirmación del acto. Pero con relación á esos gravámenes, con mayor motivo ha de tenerse en cuenta el límite de la ley: han de afectar á todos los bienes ó á una parte *considerable* de los mismos. Es esta una cuestión de hecho que, á falta de conformidad entre los interesados, apreciarán los tribunales inspirándose en el criterio del art. 1078, que es el de conceder, por regla general, el derecho, puesto que es verdaderamente justo, y negarlo sólo en el caso de que, tratándose de bienes inmuebles, el adjudicatario se haya desprendido de sus derechos sobre ellos ó sobre casi todos ellos. En casos dudosos entendemos que debe permitirse ó accederse al ejercicio de la acción. El Código parece referirse sólo á los actos de enajenación voluntaria.

Esta acción se ejercita, pues, en principio por el heredero que sufrió la lesión dentro del término de cuatro años, á contar desde la partición, y debe dirigirse contra todos los coherederos, puesto que no es fácil conocer *à priori* quiénes son los beneficiados.

El art. 1077 tiende á evitar los inconvenientes de la rescisión, aun en los casos en que la acción fuere procedente. Su primero y último párrafo justifican cumplidamente la idea en que se inspiró el legislador. Debe, pues, ser interpretado en casos dudosos con un criterio amplio, evitando en lo posible que haya de procederse á nueva partición.

El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño ó consentir en que se proceda á nueva partición.

Ante todo se observa que la elección es del deudor. El heredero lesionado ha de obtener reparación del perjuicio sufrido: esto es lo esencial. Cuestión secundaria es la manera de llevarse á efecto esa reparación, y puesto que los herederos que recibieron más de lo justo son los que han de perder ese exceso, la ley les permite escoger entre consentir nueva partición ó indemnizar el daño.

Esta facultad de elección constituye para el deudor una gran ventaja. Si los bienes hereditarios adjudicados al heredero perjudicado han aumentado de valor, convendrá á aquél partición nueva. Si han desmerecido, le convendrá indemnizar. Además habrá de atender á lo que fuere para él más factible, pues según que tenga ó no metálico, que conserve ó no los bienes que se le adjudicaron, que pueda ó no vender con ventaja, etc., le será más útil una ú otra forma de reparación.

¿Hasta qué momento puede el deudor optar entre esos dos medios? Desde luego, y aunque el artículo habla de heredero demandado, no es preciso que exista demanda. Habiendo conformidad entre los interesados, la indemnización ó la nueva partición se llevará á efecto, sin que para nada tengan que intervenir los tribunales. Si existe demanda, es lo natural que en ella se pida el cumplimiento del art. 1077 en la forma alternativa que comprende, y que así se acuerde en la sentencia que recaiga, una vez probada la procedencia de la acción, la lesión y su cuantía. Pero aunque así no sea, aunque en dicha sentencia sólo se acuerde la indemnización ó la rescisión, el heredero demandado puede, en nuestra opinión, hasta el último momento, escoger el medio que considere menos perjudicial á sus intereses, aunque nunca contrariando lo que la sentencia determine.

La obligación de indemnizar, cuando se escoja este medio, sólo alcanza á los herederos que percibieron más de lo que en realidad les correspondía. Esta indemnización comprenderá el importe de la lesión, y en ese importe deben incluirse, en su caso, los frutos, rentas ó intereses que correspondan á los bienes que se percibieron de menos.

El párrafo segundo del art. 1077 permite realizar el pago de la indemnización, también á elección de los deudores, en numerario ó en cosas de la misma clase en que resultó el perjuicio, pues aunque la ley dice *en la misma cosa,* esto, propiamente, no será posible, pues la misma cosa, en el supuesto de indemnizar que examinamos, sigue perteneciendo al adjudicatario, y su valor, que á los efectos legales es del momento de la partición, sería

siempre insuficiente. Por esto creemos que el artículo quiere decir en numerario ó en las mismas cosas, esto es, en cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie: muebles por muebles, fincas por fincas, valores por valores, etc.

Si son varios los herederos obligados á la reparación del perjuicio, y no pueden ponerse de acuerdo sobre si les conviene indemnizar ó proceder á nueva partición, la demanda de rescisión seguirá su curso y resolverán los tribunales.

No escogiendo el medio de la indemnización, se impone la rescisión del acto. ¿Cuáles son sus efectos? En rigor, debía considerarse la partición como no realizada, y proceder en su consecuencia como si todos los bienes hereditarios continuasen sin dividir, ó como si entre los coherederos no hubiese cesado un solo momento la comunidad. Los bienes debieran, pues, reintegrarse ó devolverse todos ellos á la masa hereditaria, aunque hubiesen sido enajenados á terceros, con sus accesorios y todos los frutos producidos en el tiempo intermedio, y proceder nuevamente en la forma expuesta al comentar los artículos 1061 al 1063.

Esto, sin embargo, llevaría consigo notable perturbación en las relaciones jurídicas creadas al amparo de un acto válidamente realizado, y la ley, en vez de atenerse al rigor de los principios, que muchas veces conduce á consecuencias tan injustas como innecesarias, ha introducido, aparte el plazo para el ejercicio de la acción, modificaciones importantísimas que limitan bastante los efectos de esta especial rescisión.

Estas modificaciones son las siguientes:

1.ª La contenida en el último párrafo del art. 1077: la partición nueva no ha de alcanzar á los coherederos que no hayan sido perjudicados, ni percibido más de lo justo.

2.ª La contenida en el art. 1078: la acción no procede cuando el heredero perjudicado se hubiese desprendido de todos ó parte considerable de los bienes inmuebles.

3.ª La que se deduce del art. 1295: los derechos de terceros adquirentes no se alteran.

Resulta de la primera modificación, que todos aquellos herederos cuyo lote ó adjudicación corresponda exactamente á su cuota, y que, por tanto, ni hayan sufrido lesión ni percibido más de lo justo, quedan extraños á la cuestión. La nueva partición, si hay herederos en este caso, será sólo una partición parcial, limitada á los herederos que sufrieron perjuicio y obtuvieron beneficio, y á los bienes comprendidos en sus respectivas adjudicaciones.

De la segunda y tercera modificación resulta que los derechos de todo tercero se respetan en absoluto, y que hay casos en los cuales la enajenación de los bienes por el heredero lesionado impide el ejercicio de la acción rescisoria.

Según el art. 1295, aplicable á la rescisión de contratos en general, dicha rescisión no procede cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubiesen procedido de buena fe, ó cuando el perjudicado no pueda devolver aquello á que por su parte estuviere obligado. En este último caso, añade el artículo, podrá reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión. ¿Es este artículo aplicable á la rescisión de las particiones por causa de lesión? El heredero que haya enajenado todos los bienes inmuebles que le fueron adjudicados, ¿puede reclamar la indemnización del perjuicio? ¿El art. 1078 niega en absoluto el derecho de impugnar la partición, ó sólo el de pedir que se rescinda? ¿Pueden los herederos demandados ser obligados en caso alguno á pesar de la facultad de elección que les concede el art. 1077, á indemnizar, en vez de rescindir ó proceder á nueva partición?

En nuestra opinión, al art. 1295 sustituye en materia de particiones de herencia el 1078, como dictado especialmente para las mismas, y por consiguiente, conforme á este artículo, que es el aplicable al caso, han de resolverse las cuestiones antes indicadas. Podrá invocarse la doctrina del 1295 sólo en cuanto no se oponga á lo que ordena el 1078.

Con relación al heredero lesionado, la enajenación de todos los bienes inmuebles que se le adjudicaron, ó de una parte con-

siderable de los mismos, le impide ejercitar la acción en absoluto, no pudiendo, por tanto, pedir ni partición nueva ni indemnización de perjuicios. Esta conclusión se conforma con el precepto del párrafo 1.º del art. 1295, si bien modificándose algo ese precepto y amoldándose á la materia de rescisión por lesión en las particiones de herencia.

En cambio, el art. 1078 se separa del 1295, al no expresar nada respecto á los demás coherederos que pueden también haber enajenado ó gravado ó perdido los bienes que se les adjudicaron, por lo cual creemos que en este caso no existe obstáculo alguno para impugnar la partición por lesión, no siendo aplicable á las particiones de herencia el segundo y tercer párrafo del artículo 1295 más que en un sentido, ó sea en el de respetarse los derechos de terceros adquirentes. En tales casos, los bienes enajenados, si los herederos optaron por una nueva partición, no entran en ella por sí mismos, sino por el valor que representen.

Lo mismo habrá de practicarse en el caso de optarse por nueva partición y haberse enajenado por cualquiera de los herederos los bienes muebles, y en el de que se hayan perdido determinados objetos, y aun fincas pertenecientes por la primera partición al heredero lesionado, pues no es lo mismo pérdida que enajenación. Todo sin perjuicio del abono recíproco en cuanto á frutos, gastos y daños causados por malicia ó negligencia, á que se refiere el art. 1063.

De este modo, al par que se respetan los derechos de terceros, sólo se prohibe el ejercicio de la acción rescisoria al heredero lesionado, cuando, habiéndose desprendido de los bienes inmuebles que se le adjudicaron, por una parte imposibilita ó dificulta grandemente una nueva partición, y por otra parece que reconoce, acepta ó confirma lo que ya se hizo. Mas la enajenación de bienes por los otros herederos ni puede ni debe perjudicar el derecho del heredero lesionado para pedir la rescisión ó indemnización, ya que la ley en el art. 1295 concede en este caso la indemnización, y no existe tampoco obstáculo insuperable para que se realice nueva partición. Obsérvese también que

la rescisión por lesión no es, por regla general, admisible en los contratos, por lo que el art. 1295 no legisla especialmente, como el 1078, sobre ella.

Réstannos sólo dos cuestiones. La acción de rescisión por lesión, ¿puede renunciarse anticipadamente, de un modo expreso. en el acto de la partición? La partición en que existe lesión, ¿puede ser confirmada, una vez conocido su vicio, como si éste no existiese?

Presenta estas cuestiones Laurent, y estima que la primera debe resolverse en sentido negativo, y en sentido afirmativo la segunda.

La primera cuestión es dudosa, á nuestro juicio. Expresamente la ley permite renunciar en el acto de la partición la acción de saneamiento en caso de evicción, y los efectos de ésta pueden ser más graves que los de la lesión. Al ocuparse de ésta los arts. 1074 al 1078 no consignan el mismo principio; pero de aquí no puede deducirse que la ley prohiba la renuncia expresa del derecho concedido á los coherederos; calla, no prohibe: esto es todo. Dado el silencio de la ley, hay que acudir á los principios generales de derecho, y con arreglo á ellos, y al mismo Código (art. 4.º), todo derecho es renunciable siempre que no se ofenda el orden público ni los derechos de tercero. Nosotros creemos, por lo tanto, que los coherederos pueden de un modo expreso renunciar en el acto de la partición el derecho de pedir la rescisión por lesión. Si esta renuncia no fué un acto enteramente voluntario y libre, si medió violencia física ó moral, ó dolo, podrá pedirse la nulidad de dicha renuncia, y, en todo caso, si la lesión en más de la cuarta parte existe y perjudica á los acreedores del renunciante, éstos, en su nombre, podrán intentar la acción.

En cuanto á la segunda cuestión, en el fondo estamos conformes con la opinión de Laurent. Pero estimamos que no debe hablarse de confirmación. Se confirma un acto nulo, y la partición en que hubo lesión es un acto válido. Esto supuesto, la solución se presenta con toda claridad. Si el heredero que sufrió

la lesión se conforma con ella y renuncia á reclamar después de conocerla, ó simplemente no reclama dentro de los cuatro años de duración de la acción, ó enajena todos los bienes, evidente es que la partición subsiste tal como se practicó, aceptándose de un modo tácito ó expreso el error cometido.

Concordancias.— Concuerdan los artículos 1074 al 1078 de nuestro Código con los 887, 890, 891 y 892 del Código francés, y 1038, 1041, 1042 y 1043 del de Italia, con algunas modificaciones. Además, dichos Códigos, arts. 888 y 889 del primero, y 1039 y 1040 del segundo, añaden: «La acción de rescisión es admisible contra todo acto que tenga *por objeto* hacer cesar la indivisión entre los coherederos, aun cuando fuese calificado por ellos de venta, permuta, transacción ú otra manera, salvo cuando se trate de la venta del derecho hereditario hecha sin fraude á uno de los coherederos á su exclusivo riesgo y peligro por todos los otros ó por uno cualquiera de ellos.»

Argentina asigna limitadísimas reglas respecto á la rescisión de la partición, cuando no salva la legítima de alguno de los herederos, al tratar de la división hecha por el padre ó madre y demás ascendientes entre sus descendientes (art. 3570) que no concuerdan con los preceptos de nuestro Código.

Chile, Colombia y Ecuador, conceden la acción rescisoria por causa de lesión al perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículos 1348, 1405, 1338, de los respectivos Códigos).

Honduras sigue literalmente á nuestro Código en los artículos 1183 al 1186.

Uruguay, en sus arts. 1136 á 1140, concuerda con los artículos 1074 al 1078 del Código español, y Venezuela, en su artículo 1029, dispone lo mismo que el 1078 del nuestro. Bolivia, Guatemala y Méjico, no tienen concordancia directa con los artículos examinados.

ARTÍCULO 1079

La omisión de alguno ó algunos objetos ó valores de la herencia no da lugar á que se rescinda la partición

por lesión, sino á que se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos.

Ya sabemos que al practicar la partición pueden quedar algunos objetos sin dividir, ya en absoluto, ya porque se asignen indivisos á algunos herederos. Pero este no es el caso del artículo 1079, porque en él no hay omisión alguna. Todos los bienes se tienen en cuenta al partir, y sólo por razones ó consideraciones especiales quedan algunos proindiviso: más tarde se partirán entre sus condueños, sean ó no todos los coherederos: esto es todo.

Pero en la partición no se han tenido en cuenta todos los bienes; se han omitido algunos, por ignorar, por ejemplo, que pertenecían al causante. ¿Deberá por ello anularse, ó podrá rescindirse la división? El art. 1061 no ha podido cumplirse; las cosas omitidas han debido tenerse en cuenta para la más perfecta y posible igualdad. Sin embargo, el art. 1079 no juzga necesario que se proceda á nueva partición, porque tal recurso es siempre perturbador; la partición no se puede rescindir, no ya por lesión, como dice la ley, sino por ningún motivo, y sólo se completará ó adicionará con los objetos ó valores omitidos; esto es, se procederá con sólo estos objetos ó valores á una partición suplementaria.

Se resuelve lo mismo en cuantos Códigos hemos examinado. El Código francés, el italiano, el de Portugal, Chile, Colombia, Guatemala y Méjico, repiten la misma doctrina, diciendo estos últimos, y con más claridad el de Chile, que se trata de omisiones involuntarias de bienes ó cosas antes ignoradas que aparecen después de practicada la partición.

Comparando, no obstante, los citados artículos de los Códigos extranjeros con el 1079 del nuestro, se observa una diferencia, al parecer insignificante, pero que algo debe representar. En aquéllos se habla de *objetos* omitidos; en el nuestro de *objetos* ó *valores* de la herencia. La palabra *valores*, que aparece añadida, no puede estimarse innecesaria. Si se emplease como equi-

valente de metálico, billetes, títulos de la deuda, créditos, etc., la adición sería superflua y rara; ¿acaso esos créditos, títulos y valores en general no son objetos de la herencia, si á ella pertenecen? La idea, en nuestro opinión, es distinta.

Interpretando algunos Códigos extranjeros se ha sostenido que para que el artículo equivalente al nuestro fuese aplicable, era necesario que el objeto hubiese sido omitido en absoluto; pero que si se hubiera comprendido en la partición, aun cuando en ella apareciese con una naturaleza y un valor enteramente diversos á los que tuviesen en realidad, sólo procedería en su caso la rescisión por lesión, como, por ejemplo, si un terreno considerado como inculto, y valorado como tal, resultase como que contenía minerales riquísimos.

En el Código italiano como en el francés, en el de Chile como en el de Méjico, y en el de Guatemala como en el de Colombia, tal conclusión sería exacta, interpretaría rectamente, aunque en sentido restrictivo, el artículo. En nuestro derecho, la interpretación tiene que ser distinta. El art. 1079 es aplicable, si se quiere interpretar con amplitud, lo mismo cuando se omiten objetos que cuando se omiten valores de la herencia. Si un monte perteneciente al causante se ha incluído en la partición, pero no una mina escondida en sus entrañas y propia del mismo, se ha omitido un objeto, una cosa de la sucesión. Si el terreno que se califica de monte y se valúa como tal es todo él de labor, ó tiene trozos laborables, ó puestos de viña, de olivar, etc., no se omite un objeto, pero se omite un valor de la herencia. Si se incluye una finca que ha disfrutado en el período de indivisión uno de los herederos, pero no los frutos recogidos ó producidos de la misma, se ha omitido un objeto. Si á una viña bien determinada por sus linderos se le asignan 10 hectáreas y se valúa por 10 hectáreas y resulta tener 20, se ha omitido un valor. El artículo 1079 es siempre aplicable.

Ahora bien: si el objeto se incluye en absoluto y se tiene en cuenta su naturaleza, su destino y clase, y, sin embargo, se valúa con error, resultando de ello desigualdad grande entre los coherederos, serán aplicables los arts. 1074 al 1078.

En el art. 1079 no se exige que la omisión sea de importancia. Un objeto ó varios, un valor grande ó pequeño. Algo falta; algo no se ha tenido en cuenta: ese algo se adiciona á la partición y se divide entre los herederos.

Tampoco habla la ley de omisión involuntaria. Se comprende la omisión intencionada en el inventario por un heredero, en la aceptación beneficiaria principalmente (véanse los arts. 1002 y 1024). ¿Cómo suponer, sin embargo, que intencionadamente, en una aceptación pura, todos los herederos han dejado de incluir en la partición objeto ó valores de la herencia? De todos modos el art 1079 no distingue: con intención ó sin ella, como es lo más natural, como consecuencia de la omisión de objetos ó valores en el inventario, ó por descuido ú olvido, á pesar de haberse incluído en él, se han omitido objetos ú valores: la partición no por ello se anula ni rescinde; sólo procede una división adicional ó complementaria.

Los errores materiales en la liquidación ó en la adjudicación, errores de simple cálculo, tienen un remedio natural y sencillo: su rectificación.

Como terminación brevemente insertaremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo referente al artículo que comentamos.

La sentencia de 27 de Junio de 1907, determina que según el art. 1079 del Código civil las omisiones en las operaciones divisorias de los objetos ó valores de una herencia no dan lugar á la rescisión, sino á la adición de lo omitido.

Por sentencia de 2 de Julio de 1908, el mismo Tribunal asienta la regla doctrinal aplicable al artículo antes referido de que este precepto prevé el caso de que en la partición de bienes de una herencia se omitan, sin distinguir de causas, objetos ó valores que á la misma pertenezcan; y el propio artículo establece como medio legal de subsanar este defecto, que la partición se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos, sin que á las últimas palabras del citado artículo pueda atribuirse la significación de que es indispensable la existencia de

los mismos valores y objetos para que pueda ejercitarse la acción que nace de su precepto, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que á ellos han sustituído otros bienes que figuran en el haber de la testamentaría.

Por último, la resolución de la Dirección de los Registros de 20 de Enero de 1909, en uno de sus fundamentos doctrinales aduce que el art. 1079 del Código civil, permite la liquidación y adjudicación de los objetos ó valores de la herencia omitidos sin desvirtuar la partición realizada, la cual queda, por tanto, subsistente con relación á los bienes que sean objeto de la misma.

Concordancias. — Concuerdan casi literalmente con el artículo 1079 del Código español, los artículos 887 del de Francia, 1038 de Italia, 2166 de Portugal, 1349 de Chile, 1406 de Colombia, 1339 del Ecuador, 1248 del de la República de El Salvador, 1089 de Guatemala, que dispone que en caso de omisión, se haga una división suplementaria, 1186 de Honduras, 3820 de Méjico, y 1141 del Código de la República Oriental del Uruguay.

Los Códigos civiles de Argentina, Bolivia y el de los Estados Unidos de Venezuela, carecen de preceptos concordantes con el art. 1079 del Código patrio.

ARTÍCULO 1080

La partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda.

La partición de la herencia requiere el consentimiento de todos los herederos. Acto traslativo, no se concibe que la porción indivisa de uno de los partícipes pueda transmitirse á los demás sin contar con la voluntad del dueño. Acto declarativo, no se concibe tampoco que, prescindiendo de la voluntad de uno,

hagan los demás el reparto ó determinación de bienes inherentes á cada cuota.

Este defecto de consentimiento de un heredero en la partición puede presentarse bajo dos aspectos. Primero: el heredero es conocido y se le asigna su parte, pero sin contar con su voluntad. Segundo: el heredero es desconocido, ignorándose su existencia, ó se prescinde de él en absoluto en la partición, dividiéndose los bienes con buena ó mala fe sólo entre los demás.

En rigor de derecho, la partición hecha por los herederos es nula en ambos casos, ó por lo menos debiera declararse rescindible si resultare perjuicio para el heredero de cuya voluntad se prescindió.

El Código, no obstante, distingue. No prevé especialmente el primer caso, pero sí el segundo, adoptando solución distinta según que los herederos hayan procedido con buena ó mala fe. Habiendo buena fe, la partición es válida y no rescindible. Si hubo mala fe, la partición puede rescindirse.

Ahora bien: si el heredero que no consintió fué incluído en la división, asignándole bienes y asignándoselos los demás sin contar con la voluntad de aquél, también hay que distinguir. Hecha la partición por el mismo testador ó por el contador nombrado por el causante, sujetándose á las prescripciones legales, el consentimiento de los herederos no es indispensable, procediendo sólo en su caso la rescisión por lesión ó la acción para obtener el complemento de legítima. Hecha la partición por los herederos, debe estimarse nula, aunque confirmable, ó por lo menos rescindible si ocasiona perjuicio al heredero que no consintió.

Examinemos, pues, el precepto especial del art. 1080.

El legislador, en este artículo, como en los anteriores, trata de evitar la perturbación ocasionada por la rescisión ó nulidad de la partición, y atendiendo á la buena fe de los herederos, permite la subsistencia de lo hecho siempre que al preterido se le pague proporcionalmente por los demás cuanto le corresponda.

El art. 1079 preve el caso especial de la omisión de objetos

de la herencia en la partición. El 1080 preve á su vez el caso de la omisión ó preterición de un heredero. No es que se prescinda de su voluntad y que sin intervenir en la partición se le asigne su parte: es algo más que eso. La preterición significa la omisión completa del heredero, á quien ni se nombra ni se le asigna participación, si alguna duda quedase, las últmas palabras del artículo la desvanecerían por completo.

El caso es posible en la práctica. Los padres ó abuelos del causante, en concepto de herederos legítimos, dividen entre sí su herencia, y después obtiene el reconocimiento de su derecho un hijo natural, cuya existencia se ignoraba, y que fué por lo mismo preterido en la partición. Entre los instituídos en el testamento figuraba un hermano ó sobrino ausente en ignorado paradero, que después se presentó. Aparece un nuevo acto de última voluntad, en el que á los herederos antes instituídos se aumenta otro que no intervino en la partición. Uno de los herederos legítimos renunció, y la renuncia después resulta no subsistente por algún vicio que la invalidaba. Interpretación errónea de un testamento, etc.

Habiendo existido buena fe en la partición, el heredero preterido carece, pues, de toda acción para anularla ó rescindirla; sólo puede exigir que los demás le paguen proporcionalmente la parte que le corresponda.

¿Cómo ha de hacerse el pago? Estimamos que puede hacerse en dinero ó en otro clase de bienes, puesto que la ley no distingue. Pero creemos que no haciéndose el pago en dinero ó valores equivalentes, no son árbitros los herederos deudores de entregar los bienes que quieran, sino que han de pagar con los bienes de la misma herencia que ellos recibieron, á justa regulación, conforme al párrafo 2.º del art. 840, á no conformarse en cobrar en una forma determinada el acreedor.

Cada heredero pagará proporcionalmente á su haber la parte que al heredero preterido corresponda. Supongamos que los herederos fueron tres: el abuelo paterno, y el abuelo y la abuela maternos, y que, divididos los bienes hereditarios, correspondió

al primero un lote de 20.000 pesetas, y á cada uno de los otros dos uno de 10.000. Preséntase después un hijo natural, con quien han de compartir la herencia con arreglo al art. 942, y cuya participación es de la cuarta parte según el 841, ó sean 10.000 pesetas. El abuelo paterno deberá pagará 5.000, y cada uno de los otros dos ascendientes 2.500, con lo que queda completa la partición.

La buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario. Probada por el heredero preterido la mala fe ó el dolo de los demás, la partición hecha no subsiste, sino que puede rescindirse. El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Octubre de 1898, ha declarado que la rescisión á que este artículo se refiere tiene que ser objeto de un juicio declarativo: se entiende, en el caso de que los interesados no estén conformes.

Declarada la rescisión, ó conformes con su procedencia todos los herederos, hay que proceder á nueva partición en la forma expuesta en el comentario de los arts. 1074 al 1078. Los derechos de terceros adquirentes no sufren alteración.

El dolo y la mala fe tienen puntos de contacto. Habiendo dolo no puede haber buena fe; mas, aun sin haber mediado dolo, puede la mala fe existir. Si varios herederos ocasionaron con engaño la renuncia de uno de ellos á la herencia, sabemos que esa renuncia no es irrevocable (art. 997); probado el dolo, y existiendo preterición en la partición, ésta es rescindible. Aun sin dolo, como hemos dicho, si era conocida la existencia del heredero preterido y su derecho á la herencia, existe mala fe.

Pero en la partición hay siempre más de un heredero. El artículo 1080 parece suponer que se prueba que en todos hubo dolo ó mala fe, ó exigir que medie ésta en los otros interesados: los otros interesados son todos los herederos, con exclusión del preterido. En el caso de que unos procedieran de buena fe y otros sin ella, ¿podrá rescindirse la partición? Parece desprenderse que no, porque no puede probarse que hubiera mala fe ó dolo por parte de *los otros interesados*. Siguiendo el espíritu del

artículo, podría mantenerse la partición respecto á los herederos que procedieron de buena fe, y dejarse sin efecto respecto á los demás; solución parecida á la que en el último párrafo del artículo 1077 se establece.

No será aplicable el art. 1080 cuando creyéndose solo un heredero, disfruta todos los bienes, y después se conoce la existencia de otro, puesto que no hubo partición, y ésta, en tal caso, podrá pedirse por el nuevo heredero.

Como jurisprudencia aplicable al artículo debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 1904 que hubimos de consignar en el comentario del art. 1073 y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 5 de Septiembre de 1896 y 24 de Junio de 1907.

La primera de estas resoluciones, como doctrina general establece que la falta de consentimiento de un heredero conocido y citado en la partición no es la preterición á que el art. 1080 se refiere, y que anula dicho acto; la segunda, la de 24 de Junio de 1907, interpreta también el mencionado art. 1080, en virtud del cual, la partición hecha con omisión de alguno de los herederos no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo mala fe ó dolo por parte de los otros interesados, si bien éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que le corresponda. Conforme á aquel precepto, la omisión de una renta del testador, dice esta Resolución, no instituída directamente, en cuyo caso se hubiese hecho necesaria la intervención en la escritura de la persona que legalmente la representara, no es causa de nulidad de la partición, sin perjuicio del deber de los demás interesados de pagarle la parte que proporcionalmente le corresponda en el caso de reconocerse ó declararse su derecho de copartícipe en la herencia.

Concordancias.—Los Códigos de Francia, Bélgica é Italia no prevén especialmente el caso de nuestro art. 1080. El Código de Portugal en su art. 2165 consigna la misma doctrina que la de nuestro derecho.

En cuanto respecta á los Códigos hispano-americanos, Ar-

gentina y Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y el del Salvador, no contienen concordante directo.

Guatemala, según el art. 197 del decreto de Reformas que refundió en él los arts. 1085 y 1086, y Honduras, en el 1187, siguen literalmente las prescripciones del 1080 del patrio, del mismo modo que Méjico, que en su art. 3820 copia textualmente nuestros preceptos. Uruguay carece de concordancia directa; en su art. 1142 sanciona con la nulidad la partición efectuada con un heredero falso. Tampoco el Código de los Estados Unidos de Venezuela guarda concordancia con el artículo del Código español.

ARTÍCULO 1081

La partición hecha con uno á quien se creyó heredero sin serlo, será nula.

Puede presentarse la cuestión de este artículo bajo los siguientes aspectos:

1.º El heredero único parte la herencia con otro que no es heredero, creyendo que lo era.

2.º Los herederos verdaderos son varios, y todos han intervenido en la partición; pero además se ha dado participación á un extraño que no tenía derecho á la herencia como heredero.

3.º A uno de los herederos verdaderos ha sustituído en la partición, por error, otra persona que no lo era.

¿A cuál de estos casos se refiere el art. 1081? La partición se declara por el legislador nula, siempre que se practique con uno á quien se creyó heredero sin serlo. No distinguiendo la ley, habrá de estimarse aplicable á los tres citados casos; pero como pueden ser distintas las circunstancias, en cada uno de ellos será necesario apreciar éstas para determinar los efectos de la nulidad.

Caso 1.º—El heredero real es uno; pero creyendo que otra persona lo es también, parte con él la herencia. Aquí no cabe más solución que la del art. 1081: la partición es nula radical-

mente. Pero como no cabe partición cuando el heredero es único, la declaración de nulidad producirá el efecto de que se entreguen todos los bienes al heredero único, sin necesidad de nueva partición.

Caso 2.º—Los herederos son varios, y todos han intervenido en la partición, pero además ha intervenido un extraño en ella, y se le ha asignado un lote como si realmente fuese heredero. Aquí han consentido cuantos debían consentir para tener por heredero al que no lo era, y para que por medio de la partición se realizara la transmisión de bienes de la herencia. Mas ese consentimiento no pudo dar validez á un acto contrario á la ley, y además fué nulo por haber sido prestado con error y acaso con dolo, y falsa también la causa de la obligación; y sabido es que son nulos los actos y contratos que adolecen de esos vicios. Por estas consideraciones es lógica y está ajustada á los principios de nuestro derecho la disposición del art. 1080, que también creemos aplicable al caso de que se trata.

¿Qué efecto producirá en este caso la nulidad de la partición? Puede adoptarse sin temor ni infringir la ley y sin causar la gran perturbación que un acto nulo lleva consigo, el criterio del artículo 4124 del Código de Méjico, que admite la nulidad de la partición, pero sólo en lo que afecta al que se creyó heredero sin serlo. Para un caso análogo sigue el mismo criterio el art. 1079 de nuestro Código. Según él, «la omisión de alguno ó algunos objetos ó valores de la herencia no da lugar á que se rescinda la partición por lesión (y menos á la nulidad), sino á que se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos». Este es el caso supuesto: realmente se omitieron en la partición entre los que tenían derecho á la herencia los bienes adjudicados al heredero intruso; cuando éste los restituya, quedará deshecho el agravio completando ó adicionando con ellos la partición ya realizada, como ordena dicho artículo, sin necesidad de rescindirla ni anularla sino en cuanto afecte al que se creyó heredero sin serlo, y quedando subsistente respecto á los demás.

Esto nos parece lo más racional y justo, y lo más conveniente

para los mismos interesados, sin que obste la declaración de nulidad que ordena el art. 1081, puesto que no previene que se proceda á nueva partición. Así deberá practicarse cuando estén conformes todos los interesados; pero si alguno de ellos pide que se anule toda la partición, el juez apreciará los hechos y razones en que se funde, y resolverá lo que estime procedente conforme á las disposiciones antes citadas.

Caso 3.º—Raro será este caso, pues no se concibe el error de preterir en la partición á un heredero verdadero, sustiyéndolo con otra persona extraña á la herencia; pero es posible, y si ocurriese, resultarían á la vez los supuestos de los arts. 1080 y 1081: la preterición de un heredero en la partición, y el haber dado participación en ella á otra persona con el carácter de heredero sin serlo. Habría que resolver el caso combinando ambas disposiciones.

Según el art. 1080, por la preterición de un heredero no se rescinde ni anula la partición, á no mediar dolo ó mala fe; pero los otros herederos tienen la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente les corresponda. Y conforme al 1081, es nula la partición hecha con uno á quien se creyó heredero sin serlo. Ambas disposiciones son aplicables al caso, y creemos se aplicarán rectamente, declarando la nulidad de la partición sólo en lo que afecta al que se tuvo por heredero sin serlo, y que los bienes á éste adjudicados se entreguen con sus frutos al heredero preterido en pago de su haber hereditario, quedando subsistente la partición en cuanto á los demás coherederos que no hayan sido perjudicados ni recibido más de lo justo como se previene en el párrafo último del art. 1077 para el caso de rescisión.

¿Será preciso un juicio para que se declare la nulidad? Navarro Amandi propone esta cuestión, y la resuelve diciendo: «En nuestro sentir, no hace falta juicio. Si el heredero que se creyó serlo, sostiene su derecho hereditario, el juicio versará sobre ese derecho. Pero desde el momento en que una sentencia desvanezca el error ó declare que no hay tal heredero, ó éste lo

reconozca sin necesidad de juicio, ¿á qué conduciría un nuevo pleito sobre nulidad de la partición?» Así parece, en efecto; mas para evitar el nuevo pleito, creemos necesario que en la misma demanda pidiendo se declare al intruso sin derecho hereditario, se pida también, como consecuencia de esta declaración, la de nulidad de la partición en cuanto á él afecte, y que así se resuelva en la sentencia.

Con relación á los herederos entre sí, Navarro Amandi se expresa con acierto; pero, ¿y con relación á terceros? Para apreciar bien la cuestión, veamos los efectos de la nulidad, ya que el art. 1081 declara nula la partición, y esta declaración encierra mucha más gravedad que la del último párrafo del 1077 y última parte del 1080, que sólo consienten la rescisión.

El acto nulo se supone que no ha existido nunca. El acto rescindible se supone que nació válido, aunque después quede sin efecto. Bajo esta base, podemos deducir que la nulidad de un acto lleva consigo la nulidad de todos los actos que de aquél arrancan ó se derivan, mientras que la rescisión no afecta á las relaciones jurídicas creadas con relación á terceros en el período en que el acto conservaba su existencia y validez. De aquí el precepto del art. 1295, según el cual no procede la rescisión con relación á los bienes ó derechos que se hallen legalmente en poder de terceros que los posean con buena fe. Mas cuando el acto es nulo, las consecuencias son distintas. Falseado el cimiento, se desploma cuanto sobre él se edificó.

Si, pues, desde que se verificó la partición, en el caso del artículo 1081, hasta que se reconozca ó declare su nulidad, los herederos, verdaderos ó falsos, han enajenado ó gravado el todo ó parte de los bienes que se les adjudicaron, estos actos de enajenación ó gravamen, nulos son también. Con relación á los legítimos herederos ó á los actos por ellos realizados, posible y fácil es la confirmación, sólo con asignar en la nueva partición los bienes ó derechos transmitidos al mismo lote que en la anterior. Con relación al heredero falso, la confirmación de esos actos que de él derivan es imposible: los bienes no pertenecían al que los

transmitió ó gravó, por lo que no pudo dar un derecho que no tenía. Los bienes pertenecen á la herencia, á los herederos legítimos, y éstos pueden reivindicarlos; mas para ello es indispensable que previamente se declare por los tribunales de justicia la nulidad, á no ser que los terceros interesados se allanen á las pretensiones de los herederos y abandonen los bienes, reclamando del transmitente los daños y perjuicios que se les causaron.

Esos terceros deben ser considerados como poseedores, por lo cual sus derechos con relación á gastos y mejoras, frutos, accesiones, etc., dependen de su buena ó mala fe.

También han de tenerse en cuenta los arts. 33 y 34 de la ley Hipotecaria.

Sobre el modo de llevar á efecto la nueva partición, puesto que la anterior ha de estimarse no existente, véase lo expuesto para el caso de rescisión por lesión en el comentario del artículo 1077.

Concordancias.—Como ya hubimos de exponer en las *Concordancias* anteriores, los Códigos de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador, establecen que las particiones se anulan y prescribe el ejercicio de la acción de nulidad por las mismas causas, por las mismas reglas y por igual duración que las de los contratos. (Artículos 1348 y 1352 del Código de Chile, 1405 y 1409 de Colombia, 1338 y 1342 del Ecuador y 1247 y 1241 del Salvador.)

Guatemala (art. 1087) y Méjico (art. 3821), en concordancia con nuestro Código, establecen que la partición hecha con un heredero falso, es nula en cuanto tenga relación con él y en cuanto su personalidad perjudique á otros interesados. Honduras (art. 1188) es copia literal del art. 1081 del Código español.

Uruguay también se inspira en el mismo criterio de los Códigos hermanos.

La partición hecha con un heredero falso, dice su art. 1142, es nula y se regirá por lo dispuesto acerca del error en la sección relativa á los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

Los Códigos civiles de la Argentina, Bolivia y el de los Estados Unidos de Venezuela carecen de concordante, dentro de la materia de la partición, con el art. 1081 del Código español.

SECCION QUINTA

DEL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS

Materia importante es la contenida en los arts. 1082 al 1087, últimos del libro 3.º del Código, y que se relacionan no sólo con la partición, sino en general con la transmisión, por virtud de la sucesión, de las obligaciones hereditarias.

Ya en varios lugares de esta obra hemos distinguido entre las deudas hereditarias y las testamentarias. Aquéllas son anteriores al fallecimiento del causante; éstas se fundan en el testamento, y no son exigibles en caso alguno hasta después de muerto el testador.

Pueden, pues, existir en toda sucesión, frente á los herederos ó sucesores á título universal, dos grandes grupos de acreedores: 1.º Aquellos cuyo derecho arranca del testamento, los cuales pueden ser comprendidos bajo le denominación general de legatarios. 2.º Todos los demás acreedores.

Además de esto, cada heredero puede tener sus acreedores particulares, de modo que las reclamaciones que contra él se intenten, unas veces se fundarán en derechos exigibles contra el causante por obligaciones contraídas antes de su muerte, otras en derechos nacidos del testamento, y otras en derechos exigibles contra el heredero por obligaciones contraídas particularmente por éste, antes ó después del fallecimiento del testador.

La sección 5.ª, como su epígrafe indica, sólo se refiere en general al pago de las deudas *hereditarias*; sin embargo, el artículo 1083 trata excepcionalmente de los acreedores particulares de los herederos: los derechos de estos acreedores están repartidos en varios artículos del Código. Cuanto se refiere al pago de las deudas *testamentarias*, debe buscarse principalmente en los

artículos 858 al 891 y los que con ellos se relacionan, como expusimos en su lugar.

Cuando la aceptación de la herencia se hace á beneficio de inventario, la ley dicta reglas especiales tanto para el pago de los créditos como para el pago de los legados, como se ve en los artículos 1025 al 1032.

Esto no quiere decir que los arts. 1082 y 1084 al 1087 sean aplicables solamente al caso de aceptación pura de la herencia. Se trata de reglas generales, que en casos normales ú ordinarios no deben tener aplicación á los acreedores en la aceptación beneficiaria; pero que en casos excepcionales, como el de pretender realizar la partición los herederos antes de terminar el período de administración, ó en el de tratarse de acreedores no conocidos ó que se presentan tarde á cobrar, pueden prestar á dichos acreedores gran utilidad. Expresamente aluden á la aceptación con beneficio de inventario los arts. 1084 y 1087.

Dadas estas ideas generales, y hechas las distinciones expresadas, pasemos al examen de los breves artículos que la sección comprende.

ARTÍCULO 1082

Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos.

I. Por lo expuesto en las anteriores ideas sabemos que, en general, los acreedores á quienes el art. 1082 se refiere son aquellos á quienes corresponde exigir el pago de deudas hereditarias. Ni los legatarios ni los acreedores particulares de los herederos pueden ejercitar el derecho reconocido en este artículo.

Pero tampoco pueden usar de él todos los acreedores á quienes corresponda exigir el pago de dichas deudas hereditarias. El artículo 1082 contiene una limitación expresa, en cuanto sólo habla de los acreedores reconocidos como tales; y del mismo se deduce otra limitación, pues si el derecho concedido cesa

cuando al acreedor se le afianza ó asegura el pago de su crédito, evidente es que aquellos acreedores cuyo derecho esté perfectamente asegurado no pueden oponerse á que se practique la partición.

A) *Acreedores no reconocidos como tales.*—La primera limitación parece inspirarse tan sólo en la idea de que conste claramente que se trata de un acreedor de la herencia, sin que basten simples alegaciones no justificadas ó creencias erróneas de derechos dudosos. De aquí la frase: «acreedores reconocidos como tales». ¿Qué quiere decir «acreedores reconocidos como tales»?

No cabe duda de que los acreedores cuyos créditos aparezcan reconocidos, aun privadamente, por los herederos, ó de un modo público en virtud de sentencia, se hallan adornados de la condición que exige el art. 1082. Pero el acreedor que presente al juez un título justificativo de su crédito, ¿podrá decirse reconocido como tal?

La ley de Enjuiciamiento civil, arts. 973 y 1038, faculta para pedir la prevención del abintestato ó el juicio voluntario de testamentaría á los acreedores que presenten un título *escrito* que justifique *cumplidamente* su crédito. Estos títulos prueban ciertamente que existió el crédito; mas los herederos pueden justificar el pago, la prescripción, la compensación, la nulidad, etc., en cuyo caso, lejos de haber un reconocimiento del derecho del acreedor, existiría un reconocimiento de su falta de derecho para hacer oposición.

Sin embargo, como el art. 1082 no exige que hayan de ser los herederos los que reconozcan de buen grado el crédito, ni podría bastar su simple alegación en contrario para estorbar el derecho, que en definitiva pudiera ser legítimo, de un acreedor, ni es natural que, extinguido un crédito por causa distinta á la prescripción, conserven aún los acreedores los títulos que lo justifiquen, estimamos que debe distinguirse. La oposición en virtud de demanda ante los Tribunales no es indispensable; el acreedor exige extrajudicialmente á los herederos el pago ó

afianzamiento de su crédito como requisito previo á la partición: si los herederos reconocen la verdad del crédito, queda reconocido el derecho del acreedor. Si, por el contrario, los herederos discuten aquella verdad y el acreedor insiste, se impone la intervención judicial, y entonces no son los herederos los que han de reconocer el derecho del acreedor, sino los Tribunales, y ante éstos, para fundar la oposición á la práctica de la partición, ha de presentarse un título *escrito* que justifique *cumplidamente* el crédito, en armonía con lo preceptuado en los citados arts. 973 y 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil. Los Tribunales admitirán la oposición una vez justificado cumplidamente el carácter del acreedor; mas la oposición habrá de sustanciarse con los herederos, y éstos entonces excepcionarán, si procede, la falta de derecho en el acreedor por la no existencia actal del crédito en que funda su oposición. Creemos que esta solución es la más legal y la que se presta á menos inconvenientes en la práctica.

Los acreedores cuyos créditos no quieran reconocer los herederos ni puedan presentar un título escrito que justifique cumplidamente su derecho, no podrán ejercitar, por tanto, la facultad concedida en el art. 1082. De este modo se marcha sobre una base firme, aunque esa base pueda ser destruída, y se evitan oposiciones poco fundadas.

B) Acreedores cuyos créditos se hallan suficientemente asegurados.—La segunda limitación se halla también en relación con la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 973 y 1040. Los acreedores cuyos créditos se hallan suficientemente garantidos con hipoteca, prenda ó anticresis, carecen de interés para oponerse á la práctica de partición, porque de cualquier modo que ésta se practique, ellos no pueden ser perjudicados, y porque precisamente el objeto de la oposición había de ser el obtener una seguridad ó garantía que ya tienen.

El embargo no garantiza suficientemente el derecho del acreedor, pues aun anotado en el Registro de la propiedad, sólo da preferencia, con arreglo al art. 44 de la ley Hipotecaria, respecto á créditos contraídos con posterioridad á la anotación, por

lo que siempre cabe alegar un derecho, mejor ó preferente por quien en realidad lo tenga.

II. El derecho concedido á los acreedores del causante en el art. 1082, consiste en oponerse á que se lleve á efecto la partición de la herencia hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos. Los herederos tienen desde luego la facultad de partir ó dividir la herencia; pero sólo deben comprenderse en la división los bienes y derechos que pueden después de cumplidas las obligaciones ó pagadas las deudas de la sucesión; lo contrario sólo conduce á hacer figurar como herencia lo que realmente no lo es, y á mezclar en la división valores que no pertenecen á los herederos. Primero es pagar que heredar, se ha dicho siempre, y éste puede decirse que es el fundamento del precepto del art. 1082, en general, ó la principal razón que abona la facultad que á los acreedores se concede. Hay que recordar á los herederos su deber cuando voluntariamente no lo cumplen, y para ello nadie puede hacerlo mejor que los mismos acreedores interesados. Además, sean las que fueren las ventajas ó beneficios que á los acreedores otorga el legislador, es lo cierto que la persona del causante es sustituída por sus herederos; que la fortuna de uno, al haber partición, se reparte entre varios que han de adquirir la propiedad exclusiva de los objetos que se les adjudiquen, y que los acreedores que en el momento de la muerte, y aun antes de dicha división, tenían medios para cobrar, pueden, después de dicho acto, encontrarse con varios deudores insolventes en todo ó en parte, y perder el cobro si no se hallaba asegurado con una garantía real ó personal, pero eficaz y suficiente.

El art. 1093 de la ley de Enjuiciamiento civil se inspira en la misma idea que el 1082 del Código: «Cuando el juicio de testamentaría se haya promovido á instancia de uno ó más acreedores, no se hará la entrega de los bienes á ninguno de los herederos ni legatarios, sin estar aquéllos completamente pagados ó garantidos á su satisfacción.»

El precepto del art. 1082 es de carácter preventivo: trata de

evitar que se irroguen perjuicios á los acreedores, y al efecto pone el legislador en sus manos un recurso eficaz. Una vez hecha la partición, el 1084 permite á su vez á esos acreedores exigir por entero el cobro de sus créditos de cualquiera de los herederos, pero sin que puedan ya evitar las consecuencias de la división.

El precepto del art. 1082 concede á los acreedores una facultad potestativa, de la que pueden ó no usar á su arbitrio. Si los herederos les merecen confianza, aun vencido su crédito, pueden los acreedores dejar que se practique la partición. De otro modo: el art. 1082 no es una traba para que los herederos dividan entre sí los bienes hereditarios, mas que en el caso de que los acreedores *oportunamente* se opongan á que se practique. No quiere decir que la partición no pueda hacerse mientras los acreedores no otorguen previamente su consentimiento, ni que estos acreedores puedan en cualquier tiempo formular su reclamación, oponiéndose, aun á la partición ya efectuada, por no haberse contado con su voluntad. El derecho de los acreedores ha de ejercitarse antes de que la división se verifique. Después sólo procede exigir el pago de los créditos con arreglo al artículo 1084, ó hacer uso de otros derechos; mas no del que en el 1082 se concede.

Conocido el carácter, fundamento y fin del precepto, cabe preguntar: ¿El art. 1082 se refiere sólo á los acreedores cuyos créditos sean exigibles, ó á toda clase de acreedores, estén ó no vencidos sus créditos? Siendo lo último, ¿pueden los acreedores con crédito exigible pedir que la partición no se realice mientras no se les pague, rehusando toda garantía?

El proyecto de Código de 1851, después de repetir en su artículo 913 el precepto del 1082 que examinamos, añadía en su artículo 931: «Las deudas reconocidas y *exigibles* se han de pagar antes de llevarse á efecto la partición, según el art. 913.» Esta disposición se presenta en dicho proyecto como una sencilla y natural consecuencia de lo establecido en el art. 913, si bien es cierto que no se encuentra en nuestro Código, con intención ó sin ella.

El Código de Guatemala, cuya doctrina en muchos puntos parece tomada de la del expresado proyecto de 1851 de nuestra patria, dice en su art. 1061: «Los acreedores hereditarios legalmente reconocidos pueden oponerse á que se lleve á efecto la partición mientras *no se pague su crédito, si ya estuviere vencido el plazo, y si no lo estuviere mientras no se les asegure debidamente el pago.*»

La cuestión en dichos Códigos se halla por consecuencia clara y terminantemente resuelta. En nuestro art. 1082 no se presenta tan clara.

Desde luego no cabe afirmar que dicho artículo aluda solamente á los acreedores cuyos créditos sean ya exigibles antes de la partición. Aun no estando los créditos vencidos, han de ser pagados á su vencimiento, y representan una baja en el caudal, pues el derecho del acreedor es más firme que el del heredero. Es claro que esos acreedores no pueden oponerse á que la partición se practique mientras no se les pague, porque ese pago no es por ellos exigible, pero pueden oponerse mientras no se les afiance, pues las circunstancias varían por completo por el fallecimiento del deudor: los herederos pueden no merecerles la misma confianza que les inspiraba el causante, y cuanto más distante se halle el día del vencimiento del crédito, mayor es el peligro de que por la disgregación del caudal y facultad exclusiva de disponer en los sucesores mediante la partición, se pierda la oportunidad de conseguir el cobro.

Si, pues, esos acreedores sólo pueden exigir el afianzamiento previo á la partición de sus créditos, aquellos otros acreedores por deudas ya exgibles, ¿podrán pretender exclusivamente el pago también previo como condición precisa para que los herederos puedan dividir? Es cosa indudable que los acreedores por créditos vencidos pueden conformarse con pedir ó con que se les dé una garantía eficaz; tendrá derecho á más, puesto que siendo el crédito exigible, han de poder pedir que se les pague; pero nadie les impide que se conformen con menos. La cuestión, sin embargo, no es ésta: los herederos no pueden pagar inmediata-

mente, y ofrecen una garantía eficaz: ¿pueden exigir los acreedores, á pesar de esa garantía, que no se lleve á efecto la partición mientras no se les pague?

Razones de fuerza militan en favor de cualquier solución que se adopte.

Preferente es el derecho de los acreedores al de los herederos. Primero es pagar que heredar. Aun enfrente de legitimarios, el art. 818 preceptúa que antes de fijar la porción forzosa, se deduzca del caudal hereditario el importe de las deudas Vencido ya un crédito, siendo exigible, es cosa naturalísima que los acreedores puedan exigir el pago. Y como, por otra parte, el artículo 1082 concede un derecho á los acreedores, y no á los herederos, y á un derecho equivaldría la facultad de afianzar cuando se exigiese el pago, y como si la palabra *afianzar* se refiere á los créditos no vencidos, la palabra *pagar* ha de aludir á los ya vencidos, lógico y natural se presenta el precepto del artículo 931 del proyecto de Código de 1851 y el de el art. 1061 del Código de Guatemala.

A pesar de esto, ateniéndonos á la letra y al espíritu del artículo 1082, nos satisface más la opinión contraria.

A la letra, porque el artículo no distingue y concede á los acreedores la facultad de oponerse á que se lleve á efecto la partición mientras no se les pague ó se les afiance el importe de sus créditos, esto es, mientras los herederos no realicen el pago ó no aseguren cumplidamente la efectividad de la obligación. El deber correlativo al derecho de los acreedores es, pues, alternativo; sean ó no los créditos vencidos, los herederos, pagando ó afianzando, una cosa ú otra, quedan en libertad para dividir los bienes de la herencia.

Al espíritu del artículo, porque éste sólo trata de evitar á los acreedores los perjuicios ó los peligros que puede acarrearles la práctica de la partición, y, una vez asegurada cumplidamente la efectividad de los créditos, dichos acreedores no pueden sufrir perjuicio, no tienen peligro alguno que temer; carecen de razón y de interés para oponerse. Medio preventivo de pro-

tección el del art. 1082, no debe traspasar los límites de lo necesario.

Añádase á lo expuesto que el precepto, como opuesto á la libertad de los herederos para partir los bienes de la herencia cuando tengan por conveniente, debe interpretarse en sentido restrictivo; que si algo indica en el Código la supresión del precepto del art. 931 del proyecto de Código de 1851, y de la clara distinción establecida en el ya citado del Código de Guatemala, que, sin duda, se tuvo á la vista, ese algo debe ser la creencia de no ser necesario extremar el rigor de la ley y de ser bastante la garantía de los acreedores, y que de este modo se pone en armonía lo dispuesto en el art. 1082 con lo prevenido en los artículos 973 y 1040 de la ley de Enjuiciamiento civil, y sacaremos la conclusión de que los acreedores pueden oponerse á la partición en tanto que no se les paguen sus créditos ó no se les afiancen debidamente por los herederos.

No se discute el derecho del acreedor para exigir el pago de un crédito vencido. Se discute la facultad de dilatar, en virtud de ese derecho, la práctica de la partición.

¿Cómo ha de afianzarse el importe de los créditos? Los acreedores y los herederos procederán en este punto de acuerdo: hipoteca, prenda, anticresis, depósito, separación de un lote especial de bienes para el pago, fianza personal, etc. Si no hay un acuerdo, fijarán los tribunales la garantía que estimen procedente y bastante. Los arts. 1062 y 1063 del de Guatemala, preceptúan, que si el crédito no estuviese garantizado, la garantía será la que designe el juez, caso de no haber convenio entre los interesados, y que si el acreedor estuviere sujeto á tutela, el crédito se garantizará con hipoteca, previa autorización judicial.»

El pago puede hacerse en metálico ó en cosas de la herencia. Es frecuente en las particiones de herencia la adjudicación especial de bienes en pago de deudas. En el Código de Chile se impone al albacea y á los herederos ó sus representantes legítimos la obligación de separar en la partición bienes suficientes al pago de todos los créditos conocidos, formando una hijuela ó

lote especial de deudas destinado á ese fin. Aunque ningún artículo lo determina en nuestro Código, aquí suele adoptarse un medio especial para garantía de los acreedores y conveniencia de los herederos.

El precepto del art. 1082 no se opone á los de los arts. 973 y 1038 de la ley de Enjuiciamiento civil. Los acreedores siguen teniendo la facultad de pedir la prevención del abintestato ó el juicio voluntario de testamentaría, cuyo objeto y fin son distintos á los del derecho que el art. 1082 se concede.

Concordancias.—Salvo el precepto del art. 1061 del Código civil de Guatemala, y el 1189 del de Honduras, que copia literalmente el art. 1082 de nuestro Código, los demás cuerpos legales hispano-americanos carecen de concordante especial y directo con el principio contenido en nuestro derecho á favor de los acreedores para oponerse á las operaciones particionales de la herencia, hasta que se les satisfaga ó garantice el valor de sus créditos.

ARTÍCULO 1083

Los acreedores de uno ó más de los coherederos podrán intervenir á su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos.

Guarda este artículo relación íntima con el 403, según el cual los acreedores ó cesionarios de los partícipes podrán concurrir á la división de la cosa común y oponerse á que se verifique sin su concurso; pero no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude ó en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla.

Claramente se refiere el art. 1083 á los acreedores de uno ó más de los coherederos, y, por tanto, no se trata aquí del pago de deudas hereditarias ni de acreedores del causante. Dado el derecho que á éstos confiere la ley de Enjuiciamiento civil, y muy especialmente el concedido en el 1082, no necesitan en verdad dichos acreedores la facultad á que el 1083 se refiere.

Este precepto se contiene también en los Códigos de Francia é Italia, y los comentaristas de dichos Códigos están conformes en considerar como acreedores de los herederos á los cesionarios de los mismos, comprendidos literalmente en nuestro artículo 403, pero no en el que ahora examinamos.

Respecto á los cesionarios ó adquirentes del todo ó de una parte del derecho hereditario, no existe duda alguna: sustituyen en todo ó en parte á los herederos cedentes, puesto que de éstos reciben, con el derecho cedido, cuantas facultades van unidas al mismo, y entre ellas la de pedir la partición de la herencia é intervenir en ella. No sólo pueden, sino que deben intervenir en la partición como condueños ó copartícipes, aunque también intervenga, como es natural, el heredero cedente.

En cuanto á los cesionarios ó adquirentes de participaciones indivisas en cosas particulares de la sucesión, puede sostenerse una solución análoga. Su intervención en la partición no será indispensable; pero, ¿cómo negar su interés para intervenir cuando lo juzguen conveniente? Por una parte sería anómalo que lo que se concede á los acreedores personales de los herederos y al adquirente de un derecho de prenda, hipoteca ó anticresis, se negase al adquirente de otro derecho cualquiera sobre bienes hereditarios, y más especialmente del derecho más importante, el de dominio, aunque sólo se refiera á fracciones indivisas, y sea, por lo mismo, limitado. Por otra parte, esas cosas ú objetos sobre que recae el derecho cedido entran en la división, han de partirse, y el art. 403 puede invocarse, porque autoriza la intervención del cesionario. Por último, esos cesionarios tienen derecho ó á las fracciones indivisas de los objetos cedidos, ó á su valor, según fuere el resultado de la partición, esto es, según que esos objetos caigan ó no en el lote ó adjudicación del heredero cedente; de modo que éste ha de asegurar la transmisión de la cosa ó indemnizar, si así no fuese posible, el perjuicio que ocasionó, ó devolver al menos el precio ó equivalente que hubiese mediado; y bajo este aspecto no cabe duda que dichos cesionarios, verdaderos adquirentes, aunque sólo condicionales,

son acreedores particulares de los herederos, y tienen un interés grandísimo en intervenir en la partición para evitar que ésta se haga en fraude ó perjuicio de sus derechos.

Entre los acreedores la ley no establece excepción alguna, siendo indiferente que su crédito se halle ó no vencido, esté ó no debidamente asegurado, y sea puro ó condicional. Como el objeto es tratar de prevenir ó evitar los perjuicios que pueden ocasionarse al acreedor por la partición, no importa que el crédito se halle afecto al cumplimiento de determinada condición. Podrá decirse que el acreedor que tiene asegurado su crédito con hipoteca ó prenda sobre bienes particulares del heredero, no tiene interés alguno en intervenir en la partición, lo cual es indudable; pero la ley no distingue: la prenda ó la hipoteca pueden ser insuficientes, y, sobre todo, si el acreedor no tiene interés, no usará del derecho concedido, que es potestativo en el acreedor, y le impone gastos innecesarios.

Poco importa, por lo demás, que el derecho del acreedor arranque de una época anterior á la muerte del causante ó del período de indivisión.

Los acreedores particulares de los herederos pueden sufrir perjuicios en la partición por varios conceptos. Bien porque al heredero deudor se le adjudiquen en la partición bienes cuyo valor sea inferior al importe de su cuota; bien porque se le obligue á ese heredero á una colación ó imputación improcedente de donaciones, ó no se exija á otros una colación indebida; bien porque se le asigne en pago, metálico solamente ú objetos muebles de fácil ocultación y pérdida, ó bien porque las cosas respecto á las cuales enajenó ó gravó su participación, se hagan recaer sin necesidad en el lote de un heredero distinto á ese deudor.

Así, el heredero que sufre lesión en menos de la cuarta parte, no puede impugnar la partición por lesión, y no teniendo él esa acción, tampoco puede intentarla en su nombre el acreedor; pero interviniendo éste, ya con más interés, ó más experiencia, ó más conocimientos, puede evitar esa lesión. Así también pueden ser

procedentes diversas colaciones de los coherederos por redenciones de servicio militar, pago de deudas por el ascendiente, donaciones recibidas por un nieto y por su padre á quien representa en la sucesión, y el heredero deudor puede conformarse con no exigir esas colaciones por debilidad de carácter, ignorancia, confabulación con los otros herederos ó convencimiento de no haber de obtener utilidad alguna á causa de las deudas. ¿Quién puede dudar del interés de los acreedores para intervenir en la partición y hacer que se cumplan los preceptos legales? Es cierto que la partición puede ser impugnada siempre por los acreedores si se hace en fraude de sus derechos, ó si les resulta perjuicio por actos de carácter gratuito realizados por el deudor, pero aparte de que no siempre bastará el perjuicio por ser discutible la naturaleza gratuita del acto, la ley trata de evitar la perturbación que originaría la impugnación y rescisión intentada por los acreedores, facultando á éstos para intervenir en la partición. El art. 1083 contiene, por tanto, un medio preventivo concedido á cuanto tiene interés en el resultado de la partición, para evitar después innecesarias perturbaciones ó medios represivos.

El precepto del art. 1083, como el del 1082, no constituye una traba para los herederos, que pueden cuando quieran realizar la partición sin previo aviso á los acreedores. Estos pueden intervenir, si quieren, á su costa, y, al efecto, se informarán de la época en que la partición debe ser realizada, con arreglo á la voluntad de los herederos, ó anunciarán á éstos su propósito de intervenir, haciendo uso del derecho concedido en el art. 1083. No se expresa en este artículo, pero es lógico deducir, que una vez anunciado ese propósito á todos los herederos en forma que haga fe, éstos no deben practicar la partición de la herencia sin citar ó avisar oportunamente al acreedor ó acreedores que hayan manifestado su voluntad de intervenir.

Esto no quiere decir que la partición realizada con desprecio de la voluntad expresamente manifestada por los acreedores sea nula ni eficaz; no tal: la partición es válida, pero los acreedores

han de tener en tal caso la facultad de impugnarla si resulta hecha en fraude ó simplemente en perjuicio de su derecho, según se deduce del art. 1083. Si no existe al menos ese perjuicio, la impugnación carecería de razón de ser, y dado el silencio del artículo, que no reproduce la última parte del 403, no estimamos aplicable la doctrina de éste, pues parece hallarse modificado por aquél.

Los acreedores pueden intervenir en cualquier estado de la partición; mas si no intervinieren desde el principio, han de respetar las operaciones consumadas. Tampoco pueden imponer su voluntad, según su deseo ó sus caprichos, pues su misión se reduce á vigilar la práctica de las operaciones divisorias, para que, cumpliéndose en todo la ley, no sufran perjuicio los intereses del heredero deudor, que son los suyos propios.

Como es natural, la ley impone á los mismos acreedores el deber de sufragar los gastos que su intervención origina, ya en la vía extrajudicial ó en la judicial, puesto que á ellos es á quien interesa, y no sería justo que gravasen sobre la herencia.

Una vez consumada la partición, han de respetarla los acreedores que intervinieron en ella, y sus derechos son solamente los de los acreedores en general (arts. 1111 y 1297).

Si intervinieron en la partición prestando en ella su conformidad, no pueden ya alegar un perjuicio ó fraude que pudieron evitar, y sólo les será permitido pedir la nulidad en caso de violencia, intimidación, error ó dolo en su consentimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1911 determina claramente la extensión y límites del derecho de carácter preventivo que concede al acreedor del coheredero el artículo 1083 del Código civil. Dispone dicha sentencia que el derecho del acreedor se limita á intervenir en las particiones judiciales ó extrajudiciales, para que teniendo perfecto conocimiento de la forma en que se practicara eviten confabulaciones entre los interesados que hagan imposible el pago de sus créditos; pero sin que esta intervención pueda llevarse al extremo de que en el juicio se reconozca como partes á otros acreedores

que los que lo sean del propio testador, ni tampoco los del heredero pueden oponerse á que se lleve á efecto la partición extrajudicial, aunque no se les pague ó afiance el importe de sus créditos, mas siempre les queda á salvo su derecho para pedir la retención ó embargo de los bienes que resulten á favor de su deudor, ejercitar á nombre del mismo la acción de rescisión, solicitar que se adicione la partición con alguno de los bienes ó valores omitidos é impugnar los demás actos que se hayan ejercitado en fraude suyo.

Concordancias.—Concuerda el art. 1083 con el 2118 del Código de Portugal, 882 del de Francia y 1032 del de Italia.

Menos el Código civil de Honduras, que copia en su artículo 1190 el del Código español que hemos examinado, los demás Cuerpos legales de las Repúblicas hispano-americanas no tienen concordancia con el precepto peculiarísimo de nuestro derecho.

ARTÍCULO 1084

Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho á hacer citar y emplazar á sus coherederos, á menos que por disposición del testador, ó á consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.

ARTÍCULO 1085

El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda á su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.

Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria ó consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este

caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogádole en su lugar.

ARTICULO 1086

Estando alguna de las fincas de la herencia gravada con renta ó carga real perpetua, no se procederá á su extinción, aunque sea redimible, sino cuando la mayor parte de los coherederos lo acordare.

No acordándolo así, ó siendo la carga irredimible, se rebajará su valor ó capital del de la finca, y ésta pasará con la carga al que le toque en lote ó por adjudicación.

ARTÍCULO 1087

El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección quinta, capítulo 6.º de este título.

Los arts. 1084 al 1087 entran de lleno en la cuestión relativa al pago de las deudas hereditarias.

El art. 1082 determina los derechos de los acreedores del causante *antes* de que se realice la partición. El 1084 marca los que á esos mismos acreedores corresponden cuando la partición *está ya realizada*. De aquí las palabras *hecha la partición*, con que principia el art. 1084, las que en modo alguno pueden significar que los acreedores no puedan reclamar sus créditos de los herederos hasta después de partir.

La declaración del art. 1084 es de excesiva importancia. Su primer párrafo establece claramente las relaciones entre los acreedores y los herederos. El párrafo segundo y los demás artículos tratan de las relaciones de los herederos entre sí, todo en lo que respecta al pago de las deudas hereditarias.

Cuando el heredero es único, así como á él pasan todos los

derechos comprendidos en la herencia, á él pasan también todas las obligaciones. Es, pues, naturalísimo que él responda de las deudas hereditarias á todos los acreedores del causante, ya en absoluto si aceptó la sucesión puramente, ya dentro de los límites que lleva consigo la aceptación beneficiaria.

Al haber varios herederos, la existencia de deudas crea entre ellos mismos, ó entre ellos y los acreedores, relaciones diversas, que conviene estudiar con separación.

I.—*Relaciones entre los acreedores y los herederos.*

Presentábanse en esta parte al legislador español dos caminos distintos. Dividir las obligaciones entre los herederos proporcionalmente á sus respectivos derechos ó partipaciones hereditarias, imponiendo esta misma división en los créditos de cada acreedor, sistema seguido por las legislaciones de Italia, Francia y Chile, ó considerar esas obligaciones como indivisibles con relación á los acreedores, y hacerlas recaer por entero sobre todos y cada uno de los herederos.

La cuestión afecta, como queda dicho, sólo á las relaciones entre los acreedores y los sucesores á titulo universal. Respecto á éstos entre sí no existe duda alguna. Las obligaciones, como los derechos, se transmiten á los herederos en la proporción que fijan el testador ó la ley al instituirlos ó designarlos. De modo que si son dos los herederos instituídos por mitad, las obligaciones entre ellos se reparten también por mitad, y ninguno puede exigir del otro que pague las deudas por entero, á no haberlo dispuesto así el testador, y si las pagase, tendría el derecho de exigir á su coheredero la parte proporcional que legalmente le corresponde.

El derecho de los acreedores al pago de las deudas hereditarias existe con anterioridad á la muerte del causante, y es independiente del número de sus herederos. Uno ó muchos, su derecho sólo ha de recaer sobre el resto del caudal después de deducidas las deudas; siendo anómalo, por otra parte, que por el he-

cho del fallecimiento del testador, los acreedores hayan de dividir su acción en tantas partes como herederos, con los riesgos y gastos naturales á tal división.

Enfrente de estas consideraciones, se dice que es inicuo que uno de los coherederos, teniendo solamente la representación parcial del difunto, y obteniendo tan sólo una parte de sus bienes, pueda ser compelido en circunstancias normales á cumplir por entero todas las obligaciones; que admitida esta solución, la justicia exige que el coheredero que haya satisfecho las deudas en total obtenga el reembolso procedente de todos los demás con arreglo á su cuota, dando lugar á una serie numerosa de intrincadas é innecesarias reclamaciones; que los acreedores pueden pedir la separación de patrimonios, y que por todo lo expuesto resulta más justo y equitativo el sistema del derecho romano, que, como la mayoría de las legislaciones modernas, sanciona la división de las obligaciones entre los herederos.

Nuestro Código no se ocupa en la separación de patrimonios, aunque da á los acreedores como medio preventivo el derecho especial y eficaz del art. 1082, y teniendo que escoger entre conceder á los herederos un beneficio modificando el derecho de los acreedores ó respetar íntegramente la facultad que éstos tenían desde antes de morir el testador hasta el momento de la partición, y partiendo de la base de que las acciones necesarias para el cobro ó el reembolso han de dividirse siempre, imponiendo los gastos, molestias y peligros consiguientes, ya á los acreedores, ya á los herederos, ha optado por la solución que menos violenta el rigor de los principios jurídicos, no alterando el derecho de los acreedores, y permitiéndoles dirigirse contra aquel de los herederos que le ofrezca más garantías ó facilidades para el cobro de su crédito.

El principio es el mismo, ora la aceptación sea pura, ora beneficiaria. Variará el límite de la responsabilidad con arreglo á los arts. 1003 ó 1023; mas el acreedor podrá siempre reclamar el todo, dentro del límite marcado en su caso, contra cualquiera de los herederos. Sin embargo, como hemos dicho en las *ideas*

generales, cuando la herencia se acepta á beneficio de inventario no habrá lugar ordinariamente á la aplicación de estos artículos, pues el pago debe verificarse siguiendo las reglas de los artículos 1025 al 1031, quedando para los herederos sólo el remanente del caudal después de pagados todos los créditos conocidos, y aun los legados, por el administrador.

Tratándose del pago de los legados, el Código (arts. 858 á 860) sigue un criterio distinto, porque el derecho de los legatarios, como el de los mismos herederos, nace al morir el causante, y nace ya modificado en relación con el número de los sucesores á título universal. Sin violencia alguna, y sin que puedan alegar que se les perjudica ó que se limitan sus facultades arbitrariamente en interés de esos sucesores, ha podido decir el legislador que, por regla general, los herederos responden del pago de los legados, ó del cumplimiento de las cargas testamentarias, en proporción á sus cuotas respectivas, á no disponer otra cosa el testador.

Concretándonos ahora á lo relativo al pago de las deudas hereditarias, tenemos, pues, que á los acreedores del causante les es indiferente el número de herederos, y, por otra parte, no les afectan los pactos ó convenios que éstos celebren entre sí, ni las disposiciones testamentarias del testador, cuando no han dado su consentimiento. Uno ó muchos los herederos, el acreedor escoge, digámoslo así, entre ellos, reclama contra cualquiera de los mismos, contra aquel ó aquellos que le inspiren más confianza ó más seguridad para el cobro. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1901 y 3 de Abril de 1903, conformes desde luego con esta doctrina, declaran que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, por lo que, esté ó no practicada la partición, los acreedores del causante pueden dirigir su acción contra cualquiera de los herederos por el total de sus créditos.

Sentencias posteriores han aclarado aún con más extensión la doctrina del art. 1084.

La de 4 de Julio de 1906, en su parte más importante esta-

blece que los arts. 807 y 661 del Código civil son solamente aplicables en su sentido y transcendencia á los herederos forzosos universales, que son los que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, y á quienes únicamente alcanzan las responsabilidades que impone el art. 1084 del Código civil; pero de ningún modo á los que son llamados singularmente al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, como el cónyuge viudo supérstite, que viene á tener el carácter de simple acreedor, sin ninguna de las responsabilidades que el premoriente haya podido contraer.

Acerca de la extensión del derecho reconocido á los acreedores para exigir por el todo el pago de sus créditos de cualquiera de los herederos simples, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1907 aclara la materia, en el sentido de que reclamado un crédito hereditario contra el albacea y herederos, que fueron condenados en primera instancia, uno sólo renunció y obtuvo sentencia absolutoria, es visto que el beneficio de esta sentencia alcanza y favorece á los otros codemandados, á pesar de su rebeldía y presunta conformidad ó aquietamiento con la sentencia condenatoria, en virtud de que, así se desprende de la forma en que fué dirigida la acción, en realidad ejercitada contra la representación de la herencia del deudor, por el carácter solidario de las obligaciones de los herederos para con los acreedores, á tenor de lo prescrito en el art. 1084 del Código, y además, porque dadas las consecuencias legales que produce toda solidaridad, según precepto del art. 1141, es manifiesto que el único apelante, de los tres herederos demandados, pudo asumir la representación de los demás coherederos en beneficio de éstos, sin necesidad de poder de los mismos y sólo por razón de la situación de todos ellos en el pleito.

Reitera la misma doctrina la sentencia de 8 de Noviembre de 1908. Dirigiéndose una demanda, dice, sobre pago de pesetas contra la representación de una herencia, por el carácter solidario de las obligaciones de los herederos para con los acreedores, á tenor de lo prescrito en el art. 1084 del Código y las

consecuencias legales que produce toda solidaridad, según precepto del 1141, es manifiesto que uno de los herederos pudo asumir la representación de los demás en beneficio de ésta sin necesidad de poder de los mismos, y sólo por razón de la situación de todos ellos en el pleito.

Por último, la sentencia de 17 de Marzo de 1910, en sus principios doctrinales, determina que es principio jurídico, consagrado ya por repetida jurisprudencia, que la disposición contenida en el art. 1084 del Código civil, permite al acreedor para reintegrarse de su crédito dirigir procedimiento contra cualquiera de los herederos; pues todos responden solidariamente de las deudas hereditarias. En oposición á la doctrina anteriormente expuesta, no es este precepto legal alguno que obligue al acreedor á proceder en primer término contra los poseedores de los bienes especialmente hipotecados, toda vez que sobre ser la hipoteca una mera garantía de la obligación que no obsta al ejercicio de la acción personal, el art. 126 de la ley Hipotecaria no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede ó no ejercitar á su libre arbitrio, como tampoco ejerce influencia alguna el art. 147 de ley Rituaria, porque se refiere exclusivamente al procedimiento que debe seguirse en el orden de los embargos, aparte de que su inobservancia no constituiría materia propia de la casación.

Si la aceptación de la herencia fué pura, el acreedor podrá exigir el pago por entero de cualquiera de los herederos, después de hecha la partición. Si la aceptación fué beneficiaria, como cada heredero sólo queda obligado hasta donde alcance su porción hereditaria, si la del heredero contra quien se entabló la reclamación resultara insuficiente, el acreedor podrá dirigirse contra otro de los herederos para conseguir el completo pago de su crédito. En estos casos lo más conveniente será demandar á la vez á dos ó más de los herederos, para evitar dilaciones y gastos.

Lo mismo podrá hacerse en el caso de hallarse hipotecados especialmente, por el causante ó por todos los herederos duran-

te el período de indivisión, bienes determinados á la seguridad de la obligación. La acción real hipotecaria sólo puede entablarse naturalmente contra el inmueble ó derecho real hipotecado, y, por tanto, contra el heredero poseedor; pero la acción personal puede dirigirse contra otro cualquiera de los herederos, salvo si la hipoteca fué constituída por éstos, y sólo quedaron mancomunadamente obligados, ó si hubiere mediado pacto con el acreedor, que lo impida.

Solamente en el caso de que la obligación consistiese en entregar un objeto determinado, el acreedor, una vez hecha la partición, carece de la facultad de dirigirse contra cualquiera de los herederos; forzosamente habrá de pedir el objeto á aquel á quien hubiere sido adjudicado.

Del mismo modo es evidente que el censualista, el usufructuario, el arrendatario, el dueño de una servidumbre, etc., han de ejercer su derecho, y en su caso ejercitar sus acciones, contra el heredero censatario, el nudo propietario, adjudicatario del inmueble arrendado, ó el dueño del predio sirviente. La naturaleza de la obligación no consiente una solución distinta. En toda clase de derechos reales la obligación va con la cosa sobre que recaen, y el heredero poseedor soporta necesariamente la carga con las obligaciones que de ella se derivan.

Los herederos son, como queda dicho, los que, solidariamente, por regla general, responden del pago de las deudas hereditarias. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1904, resuelve, sin embargo, un caso especial, y en él declara que, aunque la viuda á que sólo corresponden sus gananciales no es heredera, ni como tal responde de las deudas hereditarias, si se le adjudica en pago de su haber determinado crédito del causante contra un tercero, y lo reclama, puede ser reconvenida por el deudor sobre la compensación parcial procedente, por abono del importe de ciertos servicios que hizo al testador.

II. — *Relaciones de los herederos entre sí.*

Distingue la ley entre las cargas hereditarias de carácter personal, deudas en sentido propio, y las cargas de carácter real.

A) Deudas ó cargas hereditarias de carácter personal.—Separaremos la regla general de sus excepciones.

1.º *Regla general.*—Tratándose de estas deudas, las relaciones de los herederos entre sí presentan un aspecto enteramente distinto al de las relaciones entre los acreedores y los herederos. Por una parte, si los herederos son varios, las obligaciones hereditarias se dividen, como los derechos, en proporción á su cuota hereditaria. Por otra, están obligados á respetar la voluntad del causante, en cuanto no perjudique las legítimas de los herederos forzosos, y á respetar también los pactos ó convenios que ellos mismos celebren con relación al pago de las deudas.

¿Cómo se armoniza esta división de las obligaciones entre los herederos, ó estas relaciones que entre ellos se establecen por su voluntad ó por la voluntad del causante, con el derecho de los acreedores á reclamar por entero el pago de sus créditos contra el heredero que quieran escoger? Es muy sencillo, y á procurar esa armonía tienden el segundo párrafo del art. 1084, el 1085 y el 1087.

En primer término, el heredero demandado por un acreedor tiene el derecho de hacer citar y emplazar á sus coherederos. El objeto de esta citación es poner en conocimiento de esos coherederos la demanda, para que, á ser posible, pague cada cual la parte proporcional que le corresponda, evitándose innecesarias nuevas reclamaciones, dilaciones y perjuicios.

A esta citación son completamente extraños los acreedores, pues afecta solamente á las relaciones de los herederos entre sí. En el heredero demandado es potestativo hacer ó no uso del derecho que le concede el segundo párrafo del art. 1084, así como los coherederos, no porque se les cite y emplace, están obligados

á pagar al acreedor; si no pueden, ó se retraen de hacerlo, el heredero demandado se verá forzado á pagar por entero, ó hasta donde alcance su porción hereditaria, salvo el recurso que establece el art. 1085. Si todos los herederos pagan en proporción á su cuota, la cuestión queda terminada entre ellos y para con el acreedor. Y si pagan algunos, la cuestión se simplifica, pues el que pagó más de lo que le correspondía sólo tendrá que reclamar el exceso de los que no se prestaron á contribuir ó no completaron su parte proporcional de obligación.

La citación y emplazamiento á los coherederos ha de pedirse al juzgado por el heredero á quien se demandó, y si no se pide y por ello no se verifica la citación, no se infringe el art. 1084, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1895.

No puede hacer uso del expresado derecho el heredero demandado cuando por disposición del testador ó á consecuencia de la partición hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda: casos que examinaremos después.

Aparte el derecho de hacer citar y emplazar, el heredero que pagó más de lo que correspondiese á su participación en la herencia, puede reclamar de los demás su parte proporcional. Este precepto del art. 1085 es natural, y es el que verdaderamente armoniza los derechos de los acreedores con las obligaciones de los herederos. Cada heredero pagará su parte proporcional voluntariamente ó en virtud de resolución judicial.

Puede ocurrir que uno de los coherederos resulte insolvente. El Código de Chile, art. 1355, determina que la insolvencia de uno de los herederos no grava á los otros. Nuestro Código no prevé ese caso en este lugar. Existe, sin embargo, el precedente del art. 1071, á cuyo comentario nos remitimos, que se conforma con lo dispuesto en el art. 1145 al tratar de las obligaciones mancomunadas y solidarias. «El pago hecho por uno de los deudores solidarios, dice ese artículo, extingue la obligación respecto al acreedor. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que á cada uno corresponde con los in-

tereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario, será suplida por sus codeudores á prorrata de la deuda de cada uno».

Esta es, en efecto, la solución más justa. La insolvencia de uno de los coherederos no debe recaer sobre el acreedor, ni tampoco sobre el heredero que pagó más de lo que le correspondía: debe gravar proporcionalmente á todos los deudores que puedan pagar, porque aparte de que pudieron prevenir el perjuicio pagando antes de hacer la partición, ó afectando bienes determinados para la seguridad del pago, cualquiera otra solución sería menos equitativa.

Téngase también presente que como el derecho de los acreedores del finado es anterior y preferente al de los legatarios y demás mandas dejadas en el testamento, podrá también dirigirse contra éstos el acreedor que no pueda cobrar por completo de los herederos. Y lo mismo podrá hacer el heredero que pagó la deuda, cuando hubiere aceptado la herencia á beneficio de inventario y sean insolventes sus coherederos. En tales casos será conveniente que el heredero demandado solicite la citación y emplazamiento de los legatarios, conforme al párrafo 2.º del artículo 1084.

Como complemento á lo expuesto en el caso de insolvencia de uno de los coherederos, debemos hacer notar que el heredero que pagó por entero á un acreedor, en tanto puede exigir de los demás coherederos solventes que sufran proporcionalmente la pérdida que por la insolvencia resulta, en cuanto se reunan las tres condiciones siguientes:

a) Que no se haya adelantado oficiosamente á pagar por entero al acreedor, sino que haya sido obligado á realizar ese pago por reclamársele judicial ó extrajudicialmente con arreglo á la ley, teniendo, pues, el pago carácter de necesidad.

b) Que no haya habido por parte de ese heredero culpa ni negligencia alguna para exigir de cada uno de los demás coherederos la parte proporcional que deben reintegrarle, dando lugar con esa negligencia ó culpa á que alguno de los deudores

resulte insolvente; pues si pudo cobrar y no lo hizo por su apatía ó indolencia, sólo sobre él debe recaer la pérdida ó perjuicio.

c) Que no estuviese obligado el mismo heredero á pagar por entero en sus relaciones con los demás copartícipes.

El art. 1087 prevé un caso que no es más que una aplicación de lo expuesto en el 1085. El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero.

El coheredero acreedor del difunto ostenta un doble carácter; mas como heredero está obligado á cumplir proporcionalmente las obligaciones del causante y á respetar su voluntad, pues al instituír varias personas, necesariamente impuso la división, tanto del activo como del pasivo de la herencia entre los copartícipes. Ahóra bien: aceptada puramente la sucesión, la personalidad del heredero se confunde con la del causante. Si el heredero acreedor fuese sucesor único, su crédito se extinguiría por completo en virtud de refundirse en una sola persona los caracteres de acreedor y deudor. Mas siendo varios, como el crédito se divide entre todos los herederos en proporción á sus cuotas respectivas, sólo se extingue por confusión la parte que corresponde al heredero acreedor, por lo que sólo debe pagarse la porción proporcional correspondiente á los demás. De aquí se deducen las consecuencias siguientes:

a) El coheredero acreedor del difunto sólo puede reclamar de los demás coherederos el pago de su crédito, deducida la parte proporcional que como heredero le corresponde satisfacer en las obligaciones del causante.

Así, si es heredero de un tercio el acreedor, sólo puede exigir á sus coherederos el pago de las dos terceras partes restantes.

b) La participación que le corresponde cobrar de los otros coherederos, no puede reclamarla por entero de uno cualquiera de ellos como los acreedores extraños, pues obligados por la partición y por su carácter de sucesor á título universal, que es el dominante, ha de reclamar de cada coheredero sólo la parte proporcional que á ese coheredero corresponda satisfacer.

El art. 1087 termina con estas palabras: «sin perjuicio de lo establecido en la sección 5.ª, capítulo 5.º de este título». Es de advertir que en la primera edición del Código esta referencia era á la sección 5.ª del capítulo 6.º de este título, que es precisamente del que estamos tratando. Era evidente el error material de imprenta, y fué corregido en ediciones posteriores, haciendo la referencia, como debía ser, á la sección 5.ª del capítulo 5.º, que trata del beneficio de inventario.

El coheredero acreedor no debe ser nunca un acreedor desconocido; su crédito le será satisfecho en el período de administración. Pero no es esta la razón de la llamada ó referencia que se hace á dicha sección. Aceptada la herencia á beneficio de inventario, el heredero conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviese contra el difunto: si es acreedor, conserva íntegro su crédito, sin más deducción que la que le imponga el valor de los bienes de la herencia, si no alcanzaron para el pago (art. 1023). El heredero acreedor puede, pues, en tal caso pedir el pago de su crédito por entero, sin deducción de la parte proporcional que, como heredero, le correspondería si la aceptación hubiese sido pura.

Como dice el art. 1085 en su último párrafo, es indiferente la causa que haya obligado á un heredero á pagar por entero su crédito á un acreedor extraño; sea porque éste haya dirigido contra él la acción personal por el todo, sea porque haya ejercitado la acción real contra el inmueble hipotecado que á ese heredero se adjudicó, sea por consistir la obligación de la entrega de un cuerpo cierto úobjeto determinado, el heredero sólo puede reclamar de sus coherederos la parte proporcional que les corresponda satisfacer, siendo inútil para producir un efecto distinto que el acreedor le ceda su acción subrogándolo en su lugar.

Hay que fijarse en el alcance de este precepto. No es sólo que en caso alguno pueda el heredero que pagó por entero á un acreedor, y á quien éste cedió sus acciones, exigir de los demás la porción ó parte proporcional que al cesionario como heredero corresponde desde luego satisfacer. Es más que eso: es que aun-

que se trate de un crédito hipotecario, y aunque el acreedor ceda al heredero que pagó la acción real que sobre el inmueble ó los inmuebles hipotecados le pertenecía, ese heredero cesionario no puede ejercitar esa acción contra el heredero poseedor de las fincas, ni puede nunca pretender cobrar por entero de uno sólo de sus copartícipes, sino que habrá de reclamar de cada uno sólo la parte proporcional que le corresponda satisfacer.

2.º *Excepciones á la regla general.*—Hasta aquí nos hemos ocupado de la regla general del art. 1085: las obligaciones, como los derechos, se dividen proporcionalmente entre los herederos. Pero puede ocurrir que no suceda así, y que sólo á uno de los coherederos corresponda satisfacer el crédito ó cumplir la obligación. De aquí las siguientes excepciones á la regla general.

a) Disposición en contrario del testador.—El testador puede imponer el pago de las deudas ó de algunas determinadas á uno solo de los herederos. Si este es el demandado por el acreedor y paga, nada puede exigir de sus coherederos. Si el acreedor demanda á otro heredero y cobra de él, este ha reclamar por entero sólo contra el heredero especialmente obligado al pago, con arreglo á la voluntad del testador. Al efecto, y para prevenirse por los perjuicios que pudieran sobrevenir en caso de insolvencia del obligado, puede establecerse en la partición la necesaria garantía.

b) Convenio entre los coherederos.—No es raro que al hacer la partición convengan los herederos en que uno solo de ellos se encargue del pago de las deudas, adjudicando ó no bienes determinados para atender á su pago.

A los efectos de las relaciones entre los acreedores y los herederos ya hemos dicho en su lugar que este pacto ó convenio no obliga á dichos acreedores, quienes conservan los derechos que les concede la ley en el art. 1084, puesto que los deudores no pueden por sí solos imponer su voluntad. Mas á los efectos de las relaciones de los herederos entre sí, es indudable que tal convenio ó pacto obliga á los que lo celebraron, y en su consecuencia, si paga el encargado de pagar, nada puede reclamar de sus

coherederos, y si paga otro, reclamará el reintegro sólo de aquel que se encargó.

Ya hemos dicho que por razones especiales, donaciones recibidas, deudas con el causante, etc., uno de los herederos puede tomar sobre sí la obligación de satisfacer todos los créditos contra la herencia ó parte de ellos, sin que al efecto se le adjudiquen bienes determinados. Sin embargo, lo más frecuente es que se separe un grupo especial de esos bienes suficiente para realizar el pago, y que esos bienes se adjudiquen con este fin á uno de los herederos, por conveniencia de todos, como mayor de edad ó más indicado por cualquier concepto. El adjudicatario es siempre un comisionado ó encargado por los demás herederos para el pago de las deudas hereditarias.

Cuando se adjudican bienes al objeto expresado, debe marcarse perfectamente en la partición la extensión de las atribuciones del adjudicatario respecto á ellos. Puede atribuírsele desde luego el dominio de los bienes, comprándolos, digámoslo así, y obligándose á invertir su precio ó importe en pagar á los acreedores. Puede imponérsele la obligación de venderlos y aplicar íntegramente su precio al pago de los créditos, rindiendo ó no cuentas, á riesgo y ventura del adjudicatario, ó con derecho á reclamar de los otros herederos lo que falte, y obligación de entregar ó devolver lo que sobre. Puede, por último, constituirse una verdadera hipoteca sobre los bienes por todo su valor ó por determinada cantidad en favor de todos los acreedores, ó con señalamiento especial de las fincas ó derechos destinados al pago de cada acreedor.

En todo caso, esta afección especial de los bienes al pago de las deudas hereditarias, establecida por los herederos todos con las formalidades legales, como dueños de esos bienes, constituye, salvo el caso de transmitirse claramente el dominio al adjudicatario, una limitación, que debe hacerse constar en las inscripciones correspondientes en el Registro de la propiedad, cuando se trata de inmuebles ó derechos reales, con arreglo al artículo 33 del reglamento para la ejecución de la ley Hipoteca-

ria, y con arreglo á la naturaleza misma del acto, y el art. 9.º de la misma ley, circunstancia segunda.

La referida condición ó limitación ha de producir algún efecto. El adjudicatario recibe los bienes con la obligación de cumplir la carga que se les impuso, ó de destinarlos al fin para el cual se adjudicaron. Inscrito el acto en el Registro, todo tercer adquirente conoce también el carácter y extensión del derecho que recibe, y no puede eludir el cumplimiento de la obligación, pues la mención ha de perjudicarle. De aquí la doctrina de la sentencia de 23 de Mayo de 1899, en la que el Tribunal Supremo declara lo siguiente:

«La mención literal que el art. 33 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria exige que se haga al inscribirse inmuebles adjudicados á cualquiera de los partícipes en una herencia; la obligación impuesta al mismo de emplear su importe en pagar determinadas deudas ó cargas implica la constitución de un derecho real sobre tales bienes, pues que de otra suerte nada significaría que se inscribiese en el Registro dicha obligación, cuando es evidente que todos los preceptos de la ley Hipotecaria están inspirados en el sentido de hacer constar, no las obligaciones meramente personales, sino las que afectan á la propiedad inmobiliaria; por cuya razón no puede menos de entenderse que desde que en la expresada forma se hace la partición ó división de los bienes de una herencia, los inmuebles destinados al pago de deudas ó cargas se hallan especialmente afectos á dicho pago por voluntad de los herederos, quedando, por lo tanto, subordinada á dicha responsabilidad cualquier transmisión ó gravamen posterior que sobre ellos se imponga.»

La adjudicación de bienes para pago de deudas, hecha en una partición por los albaceas con menoscabo de determinados legados, exige la conformidad de los legatarios perjudicados. (Resolución de la Dirección general de los Registros de 20 de Abril de 1906.)

c) *Cumplimiento de la última parte del art. 1086.*—A este caso hemos de referirnos á continuación. En él sólo uno de los here-

deros, el adjudicatario de los bienes afectos á carga real perpetua, queda forzosamente obligado á soportar el gravamen.

B) *Cargas de carácter real.*—Á ellas se refiere el art. 1086.

El criterio de la ley es completamente distinto en este caso que en el de tratarse de cargas de carácter personal. La razón de ello es evidente. Las cargas reales van unidas á la cosa, y pasan con ésta á todo poseedor. Cabe establecer distinción entre la obligación personal y el derecho real en ciertos actos ó contratos, como el de hipoteca; pero á ellos no se refiere el artículo 1086, sino sólo á las cargas reales de naturaleza perpetua, como el censo y la servidumbre.

Si esas cargas son redimibles, dispone el Código de Italia que han de ser redimidas con tal que lo exija uno solo de los herederos. Nuestro Código no considera tan necesaria la redención, aunque siempre sea conveniente liberar la propiedad de los gravámenes que la afectan, y por ello no impone la extinción de la carga por la sola voluntad de un heredero, sino que exige que, penetrados de la conveniencia y oportunidad del acto, lo acuerden así la mayor parte de los interesados ó herederos.

Esta mayoría ha de computarse con arreglo al precepto del del artículo 398: «No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.»

En los casos normales se aplica el último párrafo del artículo 1086, ya por tratarse de cargas de naturaleza irredimible, ya por no ocuparse los herederos ni pensar siquiera en la redención. La finca ó el derecho se adjudica al heredero ó herederos á quien corresponda con la carga que le afecta, pero bajando el valor de esta carga ó el capital que represente.

En realidad esas cargas constituyen un derecho real sobre el objeto en favor de tercera persona: derecho real que representa un valor, y valor que hace desmerecer ó disminuye el de la cosa de la herencia, como que ésta, en resumen, no es más que otro derecho con su valor propio y especial, y la suma de ambos valores es la que representa el dominio pleno ó absoluto. El here-

dero adjudicatario recibe, pues, solamente lo que pertenecía al testador ó la cosa, como dice el artículo, con la carga, y á él sólo corresponde su plcumimiento.

Este sistema puede seguirse en toda clase de derechos reales, en la hipoteca, adjudicando las fincas hipotecadas, pero deduciendo de su valor el importe del capital prestado, é imponiendo el pago de la deuda al adjudicatario, ó rebajando el capital que represente la pensión temporal, vitalicia ó perpetua que hay que satisfacer, y en seguridad de la cual se impuso ó constituyó el gravamen en la nuda propiedad, en el usufructo, en la servidumbre, en el dominio directo ó el útil, etc.

Concordancias.—En el Código de Francia, arts. 870 á 875, y en el de Italia, arts. 1027 al 1030, como anteriormente se dijo, las relaciones entre los acreedores y los herederos, como la de éstos entre sí, se inspiran en el criterio de la divisibilidad de las obligaciones, con todas sus consecuencias jurídicas.

El Código civil de la República Argentina, también establece que cada coheredero está obligado con respecto á los acreedores en proporción de su parte hereditaria, aun cuando por la partición no hubiese en realidad recibido sino una fracción inferior á esta parte, salvo sus derechos contra sus coherederos (artículo 3532). Las demás disposiciones de nuestro Código, carecen de concordancias con el Argentino.

En el mismo criterio que los de los Códigos de Francia é Italia, se inspiran los de Chile, Colombia, Ecuador y Salvador.

Para estos Códigos hermanos, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos á prorrata de sus cuotas; añaden estos Cuerpos legales por vía de ejemplo, el heredero del tercio no está obligado á pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Como en nuestro derecho, el heredero beneficiario no está obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias, sino hasta el valor de lo que hereda (artículos 1354 á 1358 de Chile, 1411 al 1416 de Colombia, 1344 al 1348 del Ecuador y 1253 al 1259 del de la República de el Salvador).

Honduras transcribe al pie de la letra, en sus artículos 1191 al 1194, las peculiares disposiciones de nuestro derecho relativas al pago de las deudas hereditarios, y obligaciones recíprocas de los coherederos.

Méjico, en sus arts. 3780 al 3783, contiene reglas para el pago de deudas hereditarias que fueren exigibles; pero no guardan concordancia alguna con las de nuestro Código.

Uruguay asienta la doctrina de que la obligación de pagar las deudas hereditarias se divide, *ipso jure*, entre todos los coherederos, aunque hayan aceptado la herencia con beneficio de inventario, sin perjuicio de que el acreedor, *antes* de la *partición*, pueda dirigir su acción contra el cúmulo hereditario. Una vez hecha la partición cada heredero responde en proporción de su haber hereditario. El heredero á beneficio de inventario; sólo responde dentro del límite de su cuota. La insolvencia de uno de los herederos no grava á los otros (artículos 1143 y 1144 del Código de la República Oriental del Uruguay).

Del mismo modo, y como principio general, establece el artículo 1015 del Código de Venezuela, que los coherederos contribuyen entre sí al pago de las deudas hereditarias y demás cargas en proporción á sus cuotas, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

Bolivia, Guatemala y Perú, no contienen preceptos concordantes ni que se relacionen más ó menos directamente con los artículos 1084 al 1087 de nuestro Código.

FIN DEL TOMO SÉPTIMO

INDICE DEL TOMO SÉPTIMO

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

(Continuación.)

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas

Páginas.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO VII